المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري

رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتقديمه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الخامس

إدارة القرآن　　　المجلس العلمي

الفصل العاشر في إيقاع الطلاق على امرأة بعينها ثم الرجوع عنها بالإيقاع على أخرى

٤٩٩٨ – يجب أن يعلم بأن كلمة "بل" متى دخلت في كلام العباد على الإثبات، كانت للرجوع عن الأول، وإقامة الثاني مقام الأول على سبيل استدراك [الغلط][1]، يقال: جاءني زيد بل عمرو، كان قوله: بل عمرو رجوعًا عما أخبر به من مجيء زيد، وإقامة مجيء عمرو مقام مجيء زيد على سبيل استدراك [الغلط][2]، كأنه قال: كان عزمي أن أخبر عن مجيء عمرو، فغلطت وأخبرت عن مجيء زيد، ثم استدركت ذلك الغلط بقولي: بل عمرو.

٤٩٩٩ – وفي كلام الله متى دخلت هذه الكلمة على الإثبات، كانت لإبطال الأول ولإقامة الثاني مقام الأول، لكن لا على سبيل استدراك الغلط [لأن الغلط على الله تعالى لا يجوز]. والغلط على العباد جائز. وكلمة "لا، بل" نظير كلمة "بل"؛ لأنهما يستعملان استعمالا واحدًا، وقوله: لا، لتأكيد النفي المستفاد بقوله: بل، وإذا كانت هذه الكلمة في الإثبات للرجوع عن الأول، ولإقامة الثاني مقام الأول على سبيل استدراك الغلط[3]، ينظر إن كان الأول شيئًا يصح الرجوع عنه، ينتفي الأول ويثبت الثاني مقام الأول، وإذا كان الأول شيئًا لا يصح الرجوع عنه، لا ينتفي الأول، بل يبقى على حاله، ويثبت الثاني، أما حكمه لا يثبت بحكم الدليل بقدر الإمكان، إلا أن المتكلم إذا لم يذكر للمذكور عقيب كلمة "لا، بل" خبرًا على حدة يجعل الخبر المذكور لما قبلها خبرًا للمذكور عقيبها؛ صيانة له عن البطلان، ومتى ذكر للمذكور عقيب هذه الكلمة خبرًا، لا يجعل الخبر المذكور لما قبلها خبرًا له؛ لأنه صحيح بدونه، فلا حاجة إلى جعله خبرًا له.

٥٠٠٠ – ومتى دخلت هذه الكلمة على النفي، لا توجب رجوعًا عن الكلام الأول، وإنما توجب نفي الفعل عن الاسم الأول وإثبات ذلك النفي للثاني، أو بإثبات فعل آخر للأول. نظير الأول قول الرجل: ما قام زيد لا، بل عمرو، نفى القيام عن زيد، وإثباته لعمرو. ومثال الثاني قول الرجل: ما قام زيد بل قعد، نفى القيام عن زيد وإثبات القعود له، وهذا الكلام في

---

(1) هكذا في ب و ف و م، وكان في الأصل و ظ: اللفظ.

(2) هكذا في ب و ف و م، وكان في الأصل و ظ: اللفظ.

(3) أثبت من: ظ.

كلمة "بل" وحدها أو مع "لا". فأما كلمة "لا" بدون كلمة "بل"، متى دخلت على الإثبات كانت لتأكيد ما أثبته للأول بنفيه من الثاني، ومتى دخلت على النفي كانت لتأكيد ما نفاه عن الأول بإثبات ضده للثاني، مثال الأول: جاءني زيد لا عمرو، فكان قوله: لا عمرو لتأكيد إثبات المجيء لزيد بنفي المجيء عن عمرو. ومثال الثاني: ما جاءني زيد لا عمرو، كان قوله: لا عمرو، لتأكيد نفي المجيء عن زيد بإثبات المجيء لعمرو.

جئنا إلى المسائل:

٦٠٠٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": وإذا كان للرجل امرأتان، فقال لأحدهما: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، لا، بل هذه، وأشار إلى امرأة أخرى له، لا تطلق واحدة منهما ما لم تدخل الأولى الدار. وإذا دخلت الأولى الدار طلقتا، وإن دخلت الأخرى الدار لا تطلق واحدة منهما. قال محمد رحمه الله تعالى: وقوله: لا، بل هذه، على الطلاق خاصة، والوجه ما ذكر في "الجامع": أنه علّق طلاق الأولى بدخولها الدار حيث قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، فقوله: لا، بل هذه، رجع عن تعليق الأولى بدخولها، وعلّق طلاق الأخرى [بطريق استدراك الغلط، كأنه قال: كان من عزمي أن أعلّق طلاق الأخرى][١]، إلا أني غلطت فعلّقت طلاق الأولى، إلا أنه لا يمكن الرجوع عن تعليق طلاق الأولى. ويمكن تعليق طلاق الأخرى، فيبقى طلاق الأولى معلقًا بدخولها الدار، وتعلّق طلاق الثانية بالدخول. وإذا تعلّق طلاق الثانية بالدخول، يتعلق طلاقها بدخول الأولى؛ لأن كلمة "لا، بل" لإبطال الأول، وإقامة الثاني مقام الأول على سبيل استدراك الغلط، فيجب أن يكون المثبت في حق الثانية مثل المثبت في حق الأولى. وإنما يكون كذلك إذا تعلّق طلاق الثانية بدخول الأولى، كما تعلّق طلاق الأولى بدخول الأولى.

وقول محمد رحمه الله تعالى في "الكتاب": قوله: لا، بل هذه، على الطلاق خاصة معناه: أنه للرجوع عن الطلاق، لا للرجوع عن الدخول، وإن نوى الرجوع عن الشرط وهو الدخول دون الطلاق، صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، إلا أن القاضي لا يصدقه في ذلك؛ لأنه نوى أمرًا بخلاف الظاهر، وفيه تخفيف عليه؛ لأن الثانية لا تطلق بدخول الأولى الدار، فبعد ذلك إذا دخلت الأولى الدار، طلقت الأولى في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وتطلق الثانية في القضاء، لا فيما بينه وبين ربه، وإن دخلت الثانية

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الدار طلقت الأولى في القضاء، وفيما بينه وبين ربه.

٥٠٠٢ - وكذلك لو قال لأحدهما: أنت طالق إن شئت لا، بل هذه، فإن قوله. لا، بل هذه، على الطلاق خاصة، لا على المشيئة كما في المسألة الأولى، إلا أن الفرق بين المسألتين: أن في هذه المسألة لو شاءت الأولى طلاقها، طلقت الأولى بالكلام الأول دون الثانية، ولو شاءت الأولى طلاق الثانية، طلقت الثانية بالكلام الثاني دون الأولى، ولو شاءت الأولى طلاقها وطلاق الثانية طلقتا جميعًا، وفي مسألة أول الباب: إذا دخلت الأولى الدار مرة واحدة، طلقت الأولى والثانية جميعًا.

والفرق أن في المسألة الأولى علق طلاق كل واحدة بدخول الأولى الدار مطلقًا غير مقيد بصفة[1]، فإذا دخلت الأولى [الدار][2] مرة واحدة، فقد وجد شرط وقوع الطلاق عليهما، وفي هذه المسألة ليس الشرط مشيئة مطلقة، فإن الأولى بعد هذا التعليق لو شاءت المال أو الماء لا تطلق، وإنما الشرط مشيئة مقيدة، فالشرط في حق الأولى مشيئة الأولى طلاق نفسها، والشرط في حق الثانية مشيئة الأولى طلاق الثانية، وهذا لما ذكرنا أن المثبت في مثل هذه الصورة في حق الثانية مثل المثبت في حق الأولى[3]، والمثبت في حق الأولى تعلق طلاق الأولى بمشيئة الأولى طلاق الثانية، وإذا شاءت الأولى طلاقها، وجد شرط وقوع الطلاق على الثانية دون الأولى، وإذا شاءت الأولى طلاقها، وجد شرط وقوع الطلاق عليهما.

قول محمد رحمه الله تعالى في «الكتاب»: إذا شاءت الأولى طلاقها، طلقت الأولى دون الثانية، وإذا شاءت طلاق الثانية طلقت الثانية دون الأولى، كلام محتمل يحتمل أن يكون المراد منه أن الأولى شاءت طلاق الثانية، بعد ما شاءت طلاق نفسها، ويحتمل أن يكون المراد منه أن الأولى شاءت طلاق الأخرى [ابتداء][4]، فلا يكون بيانًا لذلك.

حكي عن أبي الحسن الكرخي رحمه الله تعالى: أنه إذا شاءت الأولى طلاق نفسها أولاً، ليس لها أن تشاء طلاق الأخرى بعد ذلك، وإذا شاءت طلاق الأخرى أولاً، ليس لها أن تشاء طلاق الأولى بعد ذلك؛ فإن المشيئة واحدة، فإذا شاءت مرة وقع الطلاق، ارتفع اليمين

---

(١) وفي «م»: بدخول الأولى الدار مرة مطلقًا... إلخ.

(٢) أثبت من «ب» و«م» و«ف».

(٣) وفي «م»: في حق الأولى تعليق طلاق الأولى بمشيئة الأولى طلاق الأولى يجب أن يكون المثبت في حق الثانية تعليق طلاق الثانية بمشيئة الأولى.

(٤) هكذا في «م».

فلا يعود بعد ذلك؛ حتى لا يؤدي إلى التكرار [وليس في لفظه ما يوجب التكرار][1]. وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى على أنَّ لها أن تشاء طلاق الأخرى بعد ما شاءت طلاق نفسها، وإن شاءت طلاق نفسها بعد ما شاءت طلاق الأخرى؛ فإنّ المشيئة متعددة؛ لما ذكرنا أنّ تقدير المسألة كأنه قال للأولى: أنت طالق إن شئت طلاقك، لا، بل هذه طالق إن شئت أيتها الأولى طلاقها، وإن [نوى][2] الرجوع عن المشيئة دون الطلاق، صحت نيته [فيما بينه وبين ربه][3]؛ لأنه نوى ما يحتمله، ولهذا لو صرّح به يصح. وإذا شاءت الأولى طلاقها طلّقت الأولى فيما بينه وبين الله تعالى، وإن شاءت الأخرى طلاق الأولى طلّقت الأولى بنيته، وإن شاءت الأولى طلاق الأخرى طلّقت الأخرى في القضاء فيما بينه وبين ربه[4].

واستشهد محمد رحمه الله تعالى لإيضاح مسألة المشيئة، أنّ قوله: لا، بل هذه، على الطلاق خاصة بما لو قال لها: أنت طالق إن شاء الله لا، بل هذه، كان قوله: لا، بل هذه، على الطلاق خاصة، ويصير تقدير المسألة كأنه قال: أنت طالق لا، بل هذه إن شاء الله، وفي المنتقى: إذا قال لها: أنت طالق إن كلّمت فلانًا، لا، بل هذه لامرأة أخرى، كان قوله: لا، بل هذه، على الكلام دون الطلاق، وإن قال: أردت به لا، بل الطلاق، ألزمته ذلك، فإذا كلّمته طلّقتا، وهذا بخلاف ما ذكر في الجامع.

٥٠٠٣ - قال ثمة: ولو قال لها: إن كلّمت فلانًا فأنت طالق لا، بل هذه، كان قوله: لا، بل هذه، على الطلاق دون الكلام؛ لأنه أخّره، فلو قال: لم أرد بقولي: لا، بل هذه الطلاق، دينته[5] فيما بينه وبين الله تعالى، ولم أدين في القضاء.

٥٠٠٤ - وإذا قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار لا، بل [هذه][6] فلانة طالق، قال ذلك لامرأة أخرى له، طلّقت الأخرى ساعة ما تكلم، وتعلّق طلاق الأولى بدخولها الدار، بخلاف ما لو قال: لا، بل فلانة، ولم يقل: طالق، فإنه يتعلق طلاقهما بدخول الدار؛ لأنه إذا لم يقل [لا، بل][7] فلانة طالق، لم يذكر لفلانة خبرًا فكان جملة ناقصة، فيصير خبر الجملة

---

(١) أثبت من [illegible]

(٢) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل: أراد.

(٣) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل [illegible] وديانة، وكلاهما صحيح.

(٤) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل: فيما بينه وبين ربه.

(٥) وفي [illegible]: دين.

(٦) هكذا في [illegible]

(٧) أثبت من [illegible]

الأولى ، وهو طلاق معلق بدخول الأولى ، خبراً للجملة الثانية . أما إذا قال : لا ، بل ثلاثة طالق ، فقد ذكر للثلاثة خبراً واكتفى به ، وأنه إرسال ولهذا قال : تطلق الثانية في الحال .

٥٠٠٥ - وعلى هذا إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً لا ، بل هذه ، ثم قال ذلك لامرأة أخرى ، طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً . ولو قال : لا ، بل هذه طالق ، طلقت الأولى ثلاثاً ، والثانية واحدة ؛ لأن في الوجه الأول لم يذكر لهذه خبراً على حدة ، وفي الوجه الثاني ذكر لهذه خبراً على حدة ، والتقريب ما ذكر .

٥٠٠٦ - وفي «القدوري» : إذا قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق لا ، بل هذه ، فدخلت الأولى الدار طلقت ثلاثاً ، والتعليق في هذه يخالف التنجيز ، فإنه لو قال لها : أنت طالق وطالق وطالق لا ، بل هذه ، وقع على الأخيرة واحدة ، وعلى الأولى الثلاث . ولو قال لها : إن دخلت هذه الدار لا ، بل هذه الدار الأخرى ، فأنت طالق ، تعلق طلاقها بدخول الدار الأخرى لا غير ؛ لأن قوله : إن دخلت هذه الدار مجرد شرط ، والرجوع عنه صحيح . وبقوله : لا ، بل هذه ، رجع عنه ، وأقام الدار الثانية مقام الدار الأولى ، فيبقى معلق طلاقها بدخول الدار الأخرى .

٥٠٠٧ - ولو قال لامرأته : أنت طالق واحدة لا ، بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، طلقت واحدة للحال ، ويقع ثنتان عند دخول الدار إن كانت المرأة مدخولاً بها ؛ لأن بقوله : لا ، بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، رجع عن إيقاع الواحدة ، وأقام الجملة بما بقي من الثلاث مقامها ، والرجوع عن الواحدة لم يصح ، وإقامة الجملة بما بقي من الثلاث مقام الواحدة قد صحت ، إذا كانت المرأة مدخولاً بها .

٥٠٠٨ - ولو قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق واحدة لا ، بل ثلاثاً ، لم تطلق شيئاً حتى تدخل الدار ، فإذا دخلت الدار طلقت ثلاثاً ، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن .

فرّق بين هذه وبين ما إذا قال لها : أنت طالق واحدة لا ، بل ثلاثاً إن دخلت الدار ، وهي المسألة المتقدمة . والفرق أن في المسألة المتقدمة ذكر لقوله : لا ، بل ، خبراً على حدة ، فلم يصر خبر الأول خبراً له ، بل اعتبر : لا ، بل ، مقتصراً عليه ، فوقعت الواحدة للحال ، وتعلق الباقي بالدخول . أما في المسألة الثانية لم يذكر لقوله : لا ، بل ، خبراً على حدة ، فجعل خبر الأول خبراً له ، والأول تعليق وكذا الثاني ، فتعلق الكل بالدخول .

٥٠٠٩ - وفي «المنتقى» : إذا قال لها : أنت طالق لا ، بل طالق ، فهي طالق ثنتين ، وكذلك لو قال : أنت طالق واحدة لا ، بل واحدة ، وكذلك لو قال : أنت طالق واحدة لا ، بل

طالق واحدة [وكذلك لو قال: واحدة لا، بل طالق واحدة](١).

٥٠١٠ - وذكر فيه أيضاً عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لها: أنت طالق لا، بل أنت، فهي طالق واحدة بالكلام الأول، ولا يلزم بالكلام الثاني شيء إلا أن ينوي، ولو قال: أنت طالق لا، بل أنتما، لزم الأولى تطليقتان والأخرى واحدة.

٥٠١١ - وإذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق لا، بل عبدي حر، ذكر هذه المسألة في المنتقى في موضعين، قال في موضع: لا يعتق العبد إلا بعد التزوج، وقال في موضع آخر: العبد حرٌّ الساعة وإن تزوّج فلانة فهي طالق، وذكر عقيبه أما إذا قال: [إن](٢) اشتريت فلانة فهو حر لا، بل فلان، يعني عبداً آخر له في ملكه، لم يعتق عبده حتى يشتري العبد الذي حلف بعتقه، وأشار إلى المعنى فقال: لأن هذا شيء واحد، وطلاق المرأة غير عتق العبد.

٥٠١٢ - وفي الأصل: لو قال لها: كنت طلّقتك أمس واحدة لا، بل ثنتين، وقعت ثنتان؛ لأن كلمة "لا، بل" في الإخبارات تستعمل لتقرير الأول وإلحاق الزيادة به، كقول الرجل: حججت حجة لا، بل حجتين، ويصير كأنه قال: طلّقتك ثنتين، وكذلك(٣) في الإنشاءات - والله أعلم -.

(١) أثبت من "ب" و "ف".

(٢) أثبت من النسخ التي عندنا.

(٣) وفي "ب" و "ف": ولا كذلك في الإثبات.

الفصل الحادي عشر في إضافة الطلاق إلى الأوقات

٥٠١٣ - يجب أن يعلم بأن الطلاق إذا أضيف إلى وقت، ينصرف إلى وقت في المستقبل، حتى إن من قال لامرأته: أنت طالق يوم الجمعة، ينصرف إلى الجمعة الآتية؛ لأن المقصود من الإضافة تأخير الحكم إلى الوقت المضاف إليه، وإنما يأتي التأخير في المستقبل لا في الماضي. وإذا وجد الوقت[1] في المستقبل ولم يوجد الصفة التي ذكرها الحالف، لا يقع الطلاق، وهذا ظاهر. وإذا وجد الوقت المضاف إليه الطلاق مع الصفة التي ذكرها الحالف، يجعل المضاف كالمرسل إذا صحت الإضافة، كما في المعلق بالشرط يجعل عند وجود الشرط كالمرسل. فبعد ذلك إن كان المعلق والمضاف طلاقاً صحيحاً قابلاً للوقوع، كان المرسل طلاقاً صحيحاً يقع، وإذا وقع الطلاق ينزل عقيب الشرط وعقيب الوقت المضاف؛ لأن الحكم يتأخر عن سببه، وإنما يوجد السبب بعد الشرط وبعد الوقت؛ لأن المعلق والمضاف كل واحد منهما ليس بسبب للحال، وإنما يصير سبباً عند وجود [الشرط، وعند وجود][2] الوقت، وإذا كانت السببية معلقة بوجود الشرط والوقت: كانت السببية متأخرة عن الشرط، والحكم يتأخر عن السبب، فيكون متأخراً عن الشرط والوقت ضرورة.

وإذا أضيف الطلاق إلى وقت سابق على فعل مسمى، ووجد الوقت بوصف أنه سابق على الفعل المسمى، فالطلاق وقوعه لا يتأخر عن ذلك الفعل ولا يسبقه، بل يقارنه إلا في الموت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

بيانه في مسألة ذكرها في «الزيادات»: إذا قال الرجل: إن تزوجت زينب قبل أن [تزوج][3] عمرة بشهر، فهما طالقان، فتزوج زينب، ثم مضى شهر، ثم تزوج عمرة، طلقت زينب ولا تطلق عمرة، وهذا لأن الفعل المذكور ليس بشرط لوقوع الطلاق؛ لأن التزوج ما جعله شرطاً، بل هو موجد للشرط؛ لأن الطلاق مضاف إلى شهر موصوف أنه قبل الفعل المسمى، ولا بد من وجود الفعل متصلاً بالوقت؛ ليعلم أن هذا وقت سابق على الفعل

---

(١) وفي «ب» و «ف»: وإذا وجد قبل الوقت في المستقبل.

(٢) أثبت من «ب» و «ف».

(٣) هكذا في «ب» و «ف»، وكان في الأصل و «ظ»: يتزوج.

المسمى، فكان الفعل موجوداً بصفة السبقية[1] الوقت المسمى، فكان موجداً الشرط، وموجد الشرط ليس بشرط، فمن حيث إنه موجد للشرط فالوقوع لا يسبقه، ومن حيث إنه ليس بشرط لا يتأخر عنه، فإذا يقع مقترناً به إلا في الموت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

٥٠١٤ - قال في أيمان الجامع: وإذا قال الرجل لامرأة لا يملكها: أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر، فمكث شهراً، ثم تزوجها، لا تطلق. يجب أن يعلم بأن هذه المسألة على وجهين: إضافة من غير تعليق، وإضافة مع التعليق، والتعليق لا يخلو إما أن يكون بشرط سابق أو بشرط لاحق، وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون موقتاً، أو غير موقت، وصورة الإضافة من غير التعليق في الموقت[2] ما ذكرنا، وإنه لا تطلق إما لأنه أضاف الطلاق إلى وقت سابق على فعل مسمى، وهو التزوج، فيكون الوقوع مقارناً للتزوج [والطلاق لا يقع مقارناً للتزوج][3]. أو لأنه وصفها بكونها طالقاً قبل التزوج وهي كذلك؛ لأن الطلاق هي الخالي عن القيد، وهي خالية عن القيد قبل التزوج، فهو صادق في هذا الوصف، فلا حاجة إلى الإيقاع.

٥٠١٥ - وصورة الإضافة من غير التعليق في الوقت المطلق، إذا قال لامرأة لا يملكها: أنت طالق قبل أن أتزوجك، فتزوجها بعد ذلك لا تطلق أيضاً؛ لأن هذا إيقاع للمحال، والأصل أن الطلاق إذا أضيف إلى المرأة قبل الفعل المسمى قبله مطلقاً يكون إيقاعاً للمحال، كما في قوله: أنت طالق قبل قدوم فلان، فإن هناك يقع الطلاق عليها للحال، قدم فلان، أو لم يقدم، ولما كان هذا إيقاعاً للمحال يبطل لعدم الملك.

٥٠١٦ - وصورة الإضافة مع التعليق والشرط[4] سابق في الوقت إذا قال لها: إذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر، فتزوجها بعد ما مضى شهر من وقت هذه المقالة طلقت، كذا ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى.

٥٠١٧ - وذكر في رواية أبي حفص وقال: طلقت في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، فقد أشار إلى الخلاف، لكن لم ينص عليه. وذكر في طلاق الجامع: الإضافة مع التعليق في المطلق، وصورته: إذا قال لامرأة لا يملكها: إن تزوجتك فأنت طالق قبل ذلك، ولم يوقت

(١) وفي ب و ف و م: موجداً بصفة القبلية.
(٢) هكذا في ب و ف و م، وكان في الأصل و ط: موقت.
(٣) أثبت من ب و ف و م.
(٤) وفي م: بشرط سابق في الوقت.

بأن لم يقل: قبل ذلك بشهر، ثم تزوّجها، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا تطلّق، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تطلّق.

من مشايخنا من قال: الخلاف في المطلق، فأما في الموقّت تطلق بلا خلاف، كما ذكر في رواية أبي سليمان، وعامتهم على الخلاف في المطلق والموقّت جميعًا. لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه علّق الطلاق بشرط التزوّج؛ لأن كلمة "إن" و"إذا" كلمة شرط، ثم أضافه إلى ما قبل الشرط مطلقًا أو موصوفًا بأنه قبل الشرط بشهر، فيصح من الوقت ما في تصحيحه تصحيح هذا التعليق، ويلغو ما في تصحيحه إبطال هذا التعليق.

قلنا: وفي تصحيح القبلية في المطلقة والموقّتة إبطال هذا التعليق؛ لأنه متى تعلق الطلاق بالتزويج[1]، يقع الطلاق بعده ولا يقع قبله، ففي الإيقاع إبطال هذا التعليق، فأبطلنا ذكر القبلية في المطلقة والموقّتة، وليس في اعتبار الشهر في الموقّتة إبطال هذا التعليق، فاعتبرنا الشهر في الموقّتة. ويصير تقدير المسألة في المطلقة: إذا تزوّجتك فأنت طالق، وفي الموقّتة: إذا تزوّجتك بعد شهر فأنت طالق. ولو نص على هذا يصح التعليق، ويقع الطلاق بعد ما وجد الشرط وهو التزوج بالمطلقة، في أي وقت وُجد التزوّج، وبعد الشهر في الموقّتة، كذا هنا، بخلاف مسألة أول الباب؛ لأن هناك ما جعل التزوج شرطًا [بل جعله موجدًا للشرط][2]، فيكون وقوع الطلاق مقارنًا للتزوّج.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: أنّ المعلق بالشرط والمضاف إلى الوقت، بعد وجود الشرط والوقت بمنزلة المرسل، فيصير بعد التزوّج كأنه قال: أنت طالق قبل أن أتزوّجك بشهر، وإنه باطل لا وقوع له، فكذا إذا كان معلّقًا. وما قال من المعنى: فهو صحيح إذا صحّ ذكر التعليق، حتى يلغو ذكر القبلية ضرورة صحة التعليق، والتعليق هنا لم يصح، فكيف يلغو ذكر القبلية؟ وهذا كله على قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى: إنّ الخلاف في المطلق والموقّت خلاف واحد، وعلى قول[3] بعض المشايخ: إنّ الخلاف في المطلق، وفي الموقّت يقع الطلاق بلا خلاف، يحتاج أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى الفرق بين المطلق وبين الموقّت.

والفرق أنه في الموقّت القبلية صفة الشهر، لا صفة الطلاق؛ وهذا لأن صفة الطلاق كما

---

(١) وفي ... : بالتزويج.

(٢) أثبت من ... .

(٣) وفي ... : أما على قول.

٥٠١٩- هذا كله إذا حصل الإيجاب في عين الملك، فأما إذا حصل الإيجاب في الملك ففيه صور، من جملة ذلك ما ذكر في "المنتقى": إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق قبل أن أتزوجك، فهي طالق إذا دخلت الدار، وكذلك إذا قال لها: إذا جاء غد فأنت طالق قبل أن أتزوجك، أو قال لها: أنت طالق غدًا قبل أن أتزوجك، فهي طالق غدًا. وقال في "الجامع الصغير": إذا قال لامرأته: أنت طالق قبل أن أتزوجك، أو قال لها: طلقتك قبل أن أتزوجك، لا يقع شيء. وفيه أيضًا إذا قال لها: أنت طالق أمس، وقد تزوجها اليوم لا يقع الطلاق، وإذا تزوجها أول من أمس، يقع الساعة واحدة.

٥٠٢٠- وفي "الجامع الكبير": ولو قال لامرأته: أنت طالق قبل دخولك الدار بشهر، أو قال لها: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر، فدخلت الدار، أو قدم فلان قبل تمام الشهر من وقت اليمين، لا تطلق؛ لأن الطلاق [المضاف إلى وقت موصوف بصفة، ينصرف][1] إلى وقت في المستقبل. ولو دخلت الدار قبل تمام الشهر، أو قدم فلان لتمام الشهر من وقت اليمين، يقع الطلاق؛ لأنه يصير قائلا عند تمام الشهر، وعند قدوم فلان: أنت طالق قبل هذا الشهر. ومن قال لامرأته: أنت طالق قبل غد بشهر، تطلق في الحال.

ثم عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى: يقع الطلاق مقارنًا للدخول، ويقتصر الوقوع على وقت القدوم والدخول، حتى لو خالعها في وسط الشهر، ثم دخلت الدار، أو قدم فلان لتمام الشهر وهي في العدة، لا يظهر بطلان الخلع، خلافًا لزفر رحمه الله تعالى

٥٠٢١- ولو قال لها: أنت طالق قبل موت فلان بشهر، فمات فلان لتمام الشهر، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع الطلاق مقارنًا للموت، ويقتصر على وقت الموت. وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقع الطلاق في آخر جزء من أجزاء حياته، ويستند إلى أول الشهر [وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يقع الطلاق مقارنًا للموت، ويقتصر على وقت بعد الموت، ويستند إلى أول الشهر][2].

٥٠٢٢- وثمرة الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف رحمهم الله تعالى إنما تظهر فيما إذا قال لها: أنت طالق قبل موتي بشهر [أو قال: قبل موتك بشهر][3]. فعلى قولهما لا يقع؛ لأنه لو وقع الطلاق بهذه اليمين، وقع مقارنًا موت أحد الزوجين، ولا وجه إليه؛ لأنه

---

(١) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

حاصل قبل الموت بآخر جزء من أجزاء حياته [فيقع الطلاق بآخر جزء من أجزاء حياته][١]، ويستند إلى أول الشهر، بخلاف القدوم والدخول وما شاكلها، لأن هذه الأشياء تدخل تحت الأمر والنهي، فأمكن جعلها شرطاً وجعلناها شرطاً، فيقع الطلاق عندها مقصوراً عليها، على ما ذكرنا، هذه النكتة منقول عن القاضي الإمام الكبير أبي زيد رحمه الله تعالى.

٥٠٢٣- ولو قال لها: أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر، فمات أحدهما قبل تمام الشهر، لم تطلق بهذه اليمين أبداً؛ لانعدام الوقت المضاف إليه الطلاق وهو شهر بعد اليمين موصوف بأنه قبل موتهما، وإن مضى شهر من وقت اليمين، ثم مات أحدهما طلقت، ولا ينتظر موت الآخر؛ لأن بموت أحدهما تيقنا بوجود الوقت المضاف إليه الطلاق، وهو شهر قبل موتهما، متصل بآخره موت أحدهما؛ لأن اتصالهما بآخر الشهر إنما يكون بوقوعهما معاً، واقتران موتهما بالشهر ممتنع عادة، فسقط اعتبار المقارنة، وتعلق وقوع الطلاق بوصف التقدم على الموتين، بشرط اتصال أحدهما به.

٥٠٢٤- ولو قال لها: أنت طالق قبل قدوم فلان وفلان بشهر، فقدم أحدهما لتمام الشهر من وقت اليمين، ثم قدم الآخر بعد ذلك طلقت؛ لأن وجود القدومين معاً ممتنع عادة فسقط اعتباره، وبقي الطلاق مضافاً إلى شهر بعد اليمين، متصل به قدوم أحدهما الآخر، متصل مطلق الوقت، وهو نظير ما لو قال لامرأته: أنت طالق قبل يوم الأضحى والفطر بشهر، وإنه تطلق إذا أهل هلال رمضان؛ لأن الفطر مع الأضحى لا يوجدان معاً، فتعلق وقوع الطلاق بصفة التقدم، واعتبر اتصال الشهر بأحدهما دون الآخر، كذا هنا، وصار موتهما وقدومهما من حيث إنه يكتفي فيهما باتصال الشهر بأحدهما سواء، إلا أن الفرق بينهما أنه إذا مات أحدهما لتمام الشهر، يقع الطلاق ولا يتوقف وقوعه على موت الآخر، وإذا قدم أحدهما بعد تمام الشهر لا يقع الطلاق، بل يتوقف وقوعه على قدوم الآخر.

٥٠٢٥- قال في «الجامع» أيضاً: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق قبل أن تحيض حيضة بشهر، فمكثت بعد هذه المقالة شهراً، ثم رأت الدم يوماً أو يومين في أيام حيضها، فإنها لا تطلق ما لم يتمادى بها الدم ثلاثة أيام، وإذا تمادى يحكم بوقوع الطلاق من حين ما رأت الدم؛ لأن بتمادي الدم ثلاثة أيام تبينا أن المرئي كان حيضاً من وقت الرؤية، فتبينا بكون هذا الشهر شهراً قبل حيضها، ولا يتوقف وقوع الطلاق على الطهر وإن ذكر الحيضة مع الهاء، وإنها مع الهاء اسم للكامل منه؛ لأنه ما جعل الحيضة شرطاً، بل جعلها معرفة للوقت المضاف

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«ب».

إليه الطلاق، وقد حصل التعريف بمضي ثلاثة أيام وإن لم تطهر. ثم إذا وقع الطلاق عقيبها من حين ما رأت الدم، لا شك أنه يقتصر على قولهما، استدلالاً بنظائره من الموت، والقدوم على ما مرّ. وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. بعضهم قالوا: يستند[1]، وألحقوه بالموت، وبعضهم قالوا: لا يستند، وألحقوه بالقدوم، من حيث إن الحيضة محجوبة بها على خطر الوجود كالقدوم بخلاف الموت.

٥٠٢٦- قال في «الجامع»[2] أيضاً: وإذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً قبل موت فلان بشهر، ثم إنه خالعها على مال قبل تمام الشهر، ثم مات فلان لتمام الشهر، فالمسألة على وجهين: إن لم تكن المرأة في العدة يوم مات فلان، بأن كانت غير مدخول بها، أو كانت مدخولاً بها إلا أنه انقضت عدتها بوضع الحمل قبل تمام الشهر، لا يقع عليها شيء من الطلقات المضافة. أما عندهما فلأن الطلاق يقع عند الموت مقتصراً على حالة الموت، فيشترط قيام الملك عند الموت ولم يوجد، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقع الطلاق في آخر جزء من أجزاء الحياة ويستند، فلا بد من قيام الملك في آخر جزء من أجزاء الحياة؛ حتى يقع، ثم يستند، ولم يوجد. وإن كانت في العدة يقع الطلاق، غير أن عندهما يقتصر الوقوع على وقت الموت، فلا يتبين بطلان الخلع، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يستند، فيتبين أنه حين خالعها لم يكن له عليها ملك، فتبين بطلان الخلع، وكان عليه أن يرد ما أخذ منها؛ لأنه تبين أنه أخذ ما أخذ بغير حق.

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب أن العدة تعتبر من أي وقت، ولا شك أن على قولهما تعتبر العدة من وقت الموت؛ لأن عندهما يقع الطلاق مقتصراً على وقت [العدة][3]. وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى تعتبر من وقت الموت، وعند الشيخ الإمام الفقيه علي الرازي تعتبر من أول الشهر، وهذا بناء على أن عند علي الرازي الطريق في وقوع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذه الصورة طريق الظهور من كل وجه، ومعناه: أن بالموت يظهر أن الطلاق كان واقعاً من أول الشهر من كل وجه، وكان يطعن على محمد رحمه الله تعالى فيما ذكر من اشتراط قيام

(١) وفي ب، ر، ف: يستند كالموت.
(٢) وفي ب، ر، ف: في الجامع الصغير، وفي ف: الجامع الكبير.
(٣) هكذا في ب، ر، ف. وكان في الأصل و ظ: الموت.

٥٠٣٠ - وعلى هذا: إذا قال لها في الليل: أنت طالق في ليلك ونهارك، يقع عقيبًا الطلاق ساعة ما قال هذه المقالة، ثم لا يقع في النهار شيء، وهذا إذا لم يكن له نية، فإن نوى أن يقع لكل وقت تطليقة، كان كما نوى؛ فإنا قلنا في «مجموع النوازل»: إذا قال لها: أنت طالق اليوم غدًا، يقع واحدة اليوم وأخرى غدًا.

٥٠٣١ - وأما إذا كان أحد الوقتين كائنًا وبدأ بالآتي، فإنه يقع بكل وقت تطليقة، بأن قال لها اليوم: أنت طالق غدًا واليوم، يقع واحدة ساعة ما تكلم به، ويقع أخرى غدًا، وكذلك إذا قال لها في الليل: أنت طالق في نهارك وليلك[1]، يقع واحدة ساعة ما قال هذه المقالة، ويقع أخرى إذا طلع الفجر؛ لأنه وصفها بكونها طالقًا في الوقت الآتي ابتداء، وعطف عليه الوقت الكائن، وهي بالطلاق الواقع في الوقت الآتي لا تتصف بكونها طالقًا في الوقت الكائن.

٥٠٣٢ - ولو قال لها ليلًا: أنت طالق في ليلك وفي نهارك، أو قال لها نهارًا: أنت طالق في نهارك وفي ليلك، طلقت في كل وقت تطليقة؛ لأنه جعل كل وقت ظرفًا على حدة فاستدعى مظروفًا على حدة، وفيما تقدم جعل الوقتين ظرفًا واحدًا فاكتفى بمظروف واحد. وعلى هذا إذا قال لها: أنت طالق ليلًا ونهارًا، أو قال: في الليل والنهار، لا يقع إلا واحدة. ولو قال: في الليل وفي النهار، يقع تطليقتان.

٥٠٣٣ - وعلى هذا إذا قال لها: أنت طالق في أكلك وشربك، في قيامك وقعودك، لم يقع ما لم يوجد، ولو قال: في أكلك وفي شربك، في قيامك وفي قعودك، فأيهما وجد يقع؛ لأنه جعل كل فعل شرطًا على حدة، فإن نوى طلقة واحدة في قوله: في ليلك وفي نهارك، دين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وذلك [بحرف][2] كلمة في.

٥٠٣٤ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: أنت طالق بالنهار والليل، إذا قال لها ذلك نهارًا: طلقت [واحدة، وإن قال ذلك ليلًا طلقت][3] ثنتين، ولو قال لها ولم يدخل بها: أنت طالق غدًا واليوم، طلقت الساعة واحدة، فإن تزوجها اليوم طلقت إذا جاء غد، ولو لم يتزوجها اليوم حتى جاء غد، ثم تزوجها لا تطلق.

٥٠٣٥ - وأما إذا كان أحد الوقتين كائنًا والآخر مناسبًا، لم يذكر هذه المسألة في

---

(١) وفي ظ: وكذلك إذا قال لها: أنت طالق في الليل ... إلخ.

(٢) هكذا في م، وكان في الأصل: محذوف في.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الأصول، وإنما ذكرها في «النوادر»، ووضعها في غير مدخول بها، فقال: إذا قال لها: أنت طالق أمس واليوم، فهي واحدة؛ لأنا لو أوقعنا[1] أمس بها طلقة، فما سمى بعد ذلك يكون باطلا، ولو قال: أنت طالق اليوم وأمس [كانت طالقًا ثنتين][2]، كأنه قال لها: أنت طالق ثنتين. وفي «مجموع النوازل»: إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم وأمس، فهي واحدة، هذا هو الكلام في المضاف.

جئنا إلى المعلق فنقول: المعلق بأحد الفعلين يقع بأولهما؛ لأن الحالف جعل أحد الفعلين شرطًا، وإنما يكون أحدهما شرطًا إذا وقع الطلاق بأولهما.

٥٠٣٦ - بيان هذا الأصل: إذا قال لها: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان، فأيهما وجد أولا يقع الطلاق، ثم لا يقع عند الآخر شيء؛ لأن المعلق طلاق واحد إلا أن ينوي أن يقع بكل فعل تطليقة، فيكون كما نوى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن «أو» يذكر بمعنى الواو، قال الله تعالى: ﴿وَقَالُوا لَن نُّؤْمِنَ لَكَ حَتَّىٰ تَفْجُرَ لَنَا مِنَ الْأَرْضِ يَنبُوعًا أَوْ تَكُونَ لَكَ جَنَّةٌ مِّن نَّخِيلٍ وَعِنَبٍ﴾[3] معناه: وتكون لك، ويصير تقدير المسألة: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، وإذا قدم فلان.

٥٠٣٧ - وأما المعلق بالفعلين فهو على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون الجزاء مقدمًا على الفعلين، وإنه على وجهين: إما أن ذكر للثاني حرف الشرط بأن قال لها: أنت طالق إذا قدم فلان، وإذا قدم فلان آخر، في هذا الوجه أيهما تقدم أولا يقع الطلاق، ولا يقع الثاني إلا إذا نوى ذلك. وأما إذا لم يذكر للثاني حرف الشرط، بأن قال لها: أنت طالق إذا قدم فلان وفلان، في هذا الوجه لا يقع الطلاق ما لم يقدما. والفرق أن قوله: أنت طالق إذا قدم فلان، يمين تامة؛ لأنه ذكر شرطًا وجزاء[4]، فإذا ذكر للثاني حرف الشرط، والثاني تام في معنى الشرطية ناقص في معنى الجزائية، فصار جزاء الشرط الأول جزاء له بحكم العطف، إذ العطف يقتضي المشاركة بين المعطوف وبين المعطوف عليه فيما هو ناقص، ويصير تقدير المسألة كأنه قال: أنت طالق إذا قدم فلان، وإذا قدم فلان آخر فأنت طالق تلك التطليقة، ولو نص على ذلك كان الجواب كما قلنا، فهنا كذلك. وأما إذا لم يذكر للثاني حرف الشرط، والثاني

---

(١) وفي ب، ز، ف، و م: لأنا لو أوقعنا بها أمس تطليقة.

(٢) هكذا في ف، و ب، و م، وكان في الأصل و ظ: كان طلاق اثنين.

(٣) الإسراء: ٩٠-٩١.

(٤) هكذا في ب، و ف، وكان في الأصل: ويذكر شرطًا وحدًا.

ناقص في معنى الشرطية كما هو ناقص في معنى الجزائية ، وقد عطفه على الأول بحرف الجمع ، والجمع بحرف الجمع [كالجمع] (١) بلفظ الجمع ، فصار كأنه قال : أنت طالق إذا قدما .

٥٠٣٨ - الوجه الثاني : أن يكون الجزاء وسط الفعلين بأن قال لها : إذا قدم فلان فأنت طالق ، وإذا قدم فلان ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا قدم الجزاء ؛ لأن قوله : إذا قدم فلان فأنت طالق يمين تامة ، فإذا قال : وإذا قدم فلان ، فقد ذكر الثاني حرف الشرط ، ولم يذكر له الجزاء ، فصار جزاء الأول جزاء الثاني بحكم العطف .

٥٠٣٩ - الوجه الثالث : أن يكون الجزاء مؤخراً عن الفعلين بأن قال : إذا قدم فلان ، وإذا قدم فلان ، وإذا قدم فلان فأنت طالق ، فما لم يقدما لا يقع الطلاق ؛ لأن قوله : إذا قدم فلان ، ليس بكلام تام بل هو شرط محض ، وإذا قال : وإذا قدم فلان ، فهذا أيضاً شرط محض ، وقد جمع بينهما بحرف الجمع ، فصار كالجمع بلفظ الجمع ، فكأنه قال : إذا قدما فأنت طالق ، بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسط ؛ لأن هناك الكلام الأول يمين تام على ما ذكرنا ، والكلام الثاني تام في [معنى الشرطية ، ناقص في] (٢) معنى الجزائية على ما مر .

٥٠٤٠ - وإذا جمع بين فعل ووقت ، وأضاف الطلاق إلى أحدهما ، فإن قال لها : أنت طالق رأس الشهر وإذا قدم فلان ، فإن وجد الفعل أولاً بأن قدم فلان في هذه الصورة أولاً ، يقع الطلاق ويجعل كأن المضموم إليه فعل آخر ، وكان هذا طلاقاً معلقاً بأحد الفعلين فيقع بأولهما ، وإن جاء رأس الشهر أولاً ، لا يقع الطلاق ما لم يقدم فلان ، ويجعل كأن المضموم إليه وقت آخر ، كأنه قال : أنت طالق رأس الشهر ، أو وقت قدوم فلان ، فكان الطلاق مضافاً إلى أحد الوقتين فيقع بآخرهما (٣) .

واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى في بيان العلة . فعبارة بعضهم : أن الجمع بين قضية التعليق وبين قضية الوقت متعذر ، لما بين الإضافة والتعليق من التضاد ، فوجب القول بالترجيح فرجحنا السابق ؛ لأنه لا مزاحم له (٤) ، فيعطى له حكمه ويجعل الآخر تبعاً له . فإن وجد الفعل أولاً جعل كأن المضموم إليه فعل آخر ، وإن وجد الوقت أولاً جعل كأن المضموم إليه وقت آخر .

---

(١) ساقط من ظ .
(٢) هكذا في ب .
(٣) وفي ب و ... : بأولهما .
(٤) هكذا في ... وكان في الأصل و ظ : لا مزاحم له .

وعبارة القاضي الإمام أبي سعيد البردعي رحمه الله تعالى: أن من أوقع أحد الطلاقين إما الأخف أو الأغلظ، يقع الأخف وقد أتى بالمضاف إلى الوقت أو بالمعلق بالفعل، والمعلق أخف من المضاف؛ لأن المضاف أقرب إلى المنجز من المعلق، ألا ترى أن من قال لامرأته: إن حلفت بعتق عبدي، فأنت طالق، ثم قال لعبده: أنت حر غداً، لا تطلق امرأته للحال، كما لو قال: أعتقت للحال. وكذا النذر المضاف إلى الغد، يجوز تعجيله قبل مجيء الغد، بأن قال: لله علي أن أتصدق بدرهم غداً، فتصدق اليوم. والنذر المعلق بمجيء الغد [لا يجوز تعجيله(1) قبل مجيء الغد](2)، فعلم أن المضاف أقرب إلى المنجز، فكان المعلق أخف، فيعتبر الأخف ويلغو الوقت، ولكن هذه العلة إنما تأتي فيما إذا وجد القدوم أولاً، ولا تأتي فيما إذا وجد الوقت الأول.

٥٠٤١ - واستشهد محمد رحمه الله تعالى في «الكتاب» لإيضاح هذه المسألة في «الزيادات» بمسألة أخرى فقال: ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق غداً، أو إن شئت فشاءت الساعة: أنه يقع الطلاق ولا ينتظر مجيء الغد، ويجعل كأن المقصود إلى المشيئة قبل أخره، وكان الطلاق معلقاً بأحد الشيئين! فكذا في مسألتنا، إلا أن بين مسألتنا وبين مسألة الاستشهاد فرقاً، فإن في مسألة الاستشهاد إذا قامت عن مجلسها قبل أن تشاء طلقت غداً، وفي مسألتنا هذه إذا جاء رأس الشهر قبل أن يقدم فلان، لا تطلق ما لم يقدم فلان.

٥٠٤٢ - وفي «نوادر ابن سماعة» قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: إذا قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار أو بعد غد، فدخلت الدار اليوم، قال: لا تطلق حتى يجيء بعد غد، قال: وهذا بمنزلة الوقتين. وقال محمد رحمه الله تعالى: إن دخلت الدار اليوم، طلقت قبل مجيء بعد الغد، وهذه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى تخالف ما ذكر محمد في «الزيادات». وعن أبي يوسف أيضاً: أنه إذا علق الطلاق بوقت وفعل على الشك، فهو بمنزلة الفعلين. قال الحاكم أبو الفضل: يريد به أن الطلاق يقع بأيهما سبق، وهذه الرواية توافق ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات» [وفيه](3) جمع بين الوقت والفعل، وأضاف الطلاق إليهما بأن قال لها: أنت طالق غداً وإذا قدم فلان، فهاتان تطليقتان تطلق غداً واحدة، وإذا قدم فلان أخرى؛ لأنه لا مجانسة بين الوقتين وبين الفعل، حتى يصير

---

(1) وفي «ب»: تعليقه.

(2) ثبت من «ب» و«ف».

(3) هكذا في «ب» و«ف» و«ظ»، وكان في الأصل و«م»: ومن.

جزاء الأول جزاء الثاني بحكم العطف، إذ المشاركة إنما تثبت في جنس [واحد لا في جنسين][1]، وقد ذكر للثاني حرف الشرط، ولم يذكر له جزاء [فاستدعى ثاني جزاء][2] آخر، وصار تقدير المسألة كأنه قال: أنت طالق غداً، فإذا قدم فلان فأنت طالق تطليقة أخرى، بخلاف ما إذا ذكر تعليقين أو وقتين؛ لأن هناك الثاني من جنس الأول، فصار جزاء الأول جزاء للثاني بحكم العطف، فلم يستدع الثاني جزاء آخر.

٥٠٤٣- وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: أنت طالق الساعة وإذا جاء غد وإذا جاء بعد غد، فهي طالق الساعة واحدة، وإذا جاء غد أخرى، ولا تطلق بمجيء ما بعد الغد؛ لأن قوله: إذا جاء غد تعليق، وقوله: إذا جاء بعد غد تعليق آخر، فإنما يقع بأول التعليقين ويسقط اليمين، ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار [وإن دخلت هذه الدار][3]، فدخلت إحدى الدارين طلقت، وسقطت اليمين؛ حتى لا تطلق بدخول الدار الأخرى، كذا هنا.

٥٠٤٤- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: أنت طالق اليوم وإن دخلت الدار، فهي طالق من حين تكلم، وإن دخلت الدار أخرى، وهذا وما لو قال لها: أنت طالق غداً وإذا قدم فلان، سواء.

٥٠٤٥- وفي «الجامع الصغير»: إذا قال لها: أنت طالق غداً اليوم، أو قال: أنت طالق اليوم غداً، فهو بأول الوقتين تفوّه به، يريد أنه في الصورة الأولى يقع الطلاق غداً، وفي الصورة الثانية يقع الطلاق اليوم؛ لأنه أضاف الطلاق إلى وقتين، ولم يذكر بينهما حرف عطف، وفي مثل هذا يقع الطلاق بأولهما لفظاً، ويصير الثاني حشواً ولغواً من الكلام.

٥٠٤٦- وكذلك إذا قال لها: أنت طالق الساعة غداً، يقع الطلاق عليها في الحال، وإن قال: عنيت بهذه الساعة الساعة من الغد، صدق ديانة لا قضاء[4].

٥٠٤٧- ولو قال لها: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، فهي طالق غداً حين يطلع الفجر؛ لأن قوله: أنت طالق اليوم إيقاع للحال، وقوله: إذا جاء غد تعليق، فقد أتى بالإيقاع والتعليق، والجمع بينهما متعذر، فلا بد من اعتبار أحدهما وترك الآخر، فنقول: اعتبار

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ف».

(٢) أثبت من [illegible].

(٣) أثبت من [illegible].

(٤) وفي [illegible]: لا يصدق في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

الفصل الثاني عشر
في الرجل يوقع الطلاق على امرأته
ثم يقول: لي امرأة أخرى، والمطلقة هي الأخرى

٥٠٥٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: إذا قال الرجل: أول امرأة أتزوجها فهي طالق، ثم تزوج امرأة بعد اليمين، فادعت هي الطلاق وقالت: أنا أول امرأة تزوجتني بعد اليمين، وقال الزوج: لا، بل تزوجت فلانة قبل هذه المرأة بعد اليمين، لا يصدق الزوج في صرف الطلاق عن المعروفة. ولو قال: إن كانت فلانة أول امرأة أتزوجها، فهي طالق، ثم تزوجها وادعت هي الطلاق، وقال الزوج: تزوجت امرأة قبلها وهي ليست بأولى، فالقول قول الزوج.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن الزوج متى ما أنكر وجود ما هو شرط وقوع الطلاق، كان القول قوله؛ لأنه ينكر وقوع الطلاق، ومتى أقر بما هو شرط وقوع الطلاق وله امرأة معروفة، فادعت المعروفة أنها طلقت، وادعى الزوج أن له امرأة أخرى سوى هذه المعروفة، وهي التي طلقت، فالقول قول المعروفة؛ لأن الزوج لما أقر بما هو شرط وقوع الطلاق، فقد أقر بالإيقاع؛ لأن [المعلق][1] بالشرط يصير مرسلاً عند الشرط، فصار كأنه قال عند إقراره بوجود الشرط: امرأتي طالق، ولو قال هكذا وله امرأة معروفة، ينصرف الإيقاع إليها؛ لأن صحة الإيقاع يعتمد محلاً قائماً عند الشرط، فصار كأنه قال عند إقراره بوجود الشرط: امرأتي طالق، والمحل المنكوحة الظاهرة المعروفة، فيصير الزوج مقراً بطلاقها من حيث الظاهر، فإذا ادعى بعد ذلك الوقوع عليها، فقد ادعت أمراً موافقاً للظاهر.

فإن قيل: فيما قلتم اعتبار الظاهر لإيقاع الطلاق على المعروفة، ولاستحقاق المعروفة نفسها على زوجها، والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق. قلنا: نحن نعتبر الظاهر لدفع دعوى الزوج، ثم يقع الطلاق على المعروفة بالإيقاع الثابت بإقرار الزوج، فلا يكون في هذا اعتبار الظاهر حجة في إيقاع الطلاق على المعروفة.

إذا ثبت هذا، جئنا إلى تخريج المسألة الأولى فنقول: في المسألة الأولى الزوج أقر بما هو

---

(1) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، وكان في الأصل: لأن الإيقاع بالشرط.

شرط وقوع الطلاق؛ لأن [على](١) ما زعم وعلى [ما ظهر](٢)، الطلاق واقع على امرأة معروفة تدعي طلاق نفسها، فيكون القول قولها. وفي المسألة الثانية الزوج منكر ما هو شرط وقوع الطلاق؛ لأن شرط وقوع الطلاق كون هذه المرأة موصوفة بصفة الأولية في التزوج، والزوج ينكر ذلك، ألا ترى أنه لو ثبت ما أقرّ به الزوج لا يقع الطلاق أصلاً، فيكون القول قول الزوج. وإذا وقع الطلاق على [غير](٣) المعروفة في المسألة الأولى، ينظر إن كذّبت المجهولة الزوج في النكاح، لا يقع عليها شيء، وإن صدّقته يقع عليها الطلاق بإقرار الزوج، والمعروفة مطلّقة بحكم الظاهر.

٤٠٥٦ - فرع على المسألة الأولى فقال: لو كان الزوج قال: قد تزوّجت هذه وفلانة معها، كان القول قول الزوج، ولا تطلّق المعروفة؛ لأن الزوج أنكر شرط الوقوع هنا، إذ الشرط تزوّج امرأة موصوفة بصفة الأولية في التزوّج، والأول اسم لفرد سابق، فالزوج بدعوى المقارنة ينكر الفرد فينكر الأولية. فيكون منكراً شرط الوقوع. ألا ترى أنه لو ثبت ما أقر به الزوج لا يقع الطلاق أصلاً، فههنا كان القول قول الزوج، ولا تطلّق المجهولة هنا، وإن صدّقت الزوج في دعوى نكاحها، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى إنما طلّقت المجهولة بإقرار الزوج، والزوج هنا غير مقرّ بطلاق المجهولة.

٤٠٥٧ - ولو نظر إلى امرأتين، وقال: أول امرأة أتزوّجها منكما طالق، فتزوّج إحداهما وادّعت هي الطلاق وقالت: تزوّجتني أولاً، وقال الزوج: تزوّجت الأخرى أولاً، فالقول قول المعروفة؛ لأن الزوج أقرّ بوجود شرط وقوع الطلاق هنا، وقد(٤) تزوّج إحداهما أولاً، فلا يصدّق في حق صرف الطلاق عن المعروفة. ولو كان الزوج قال: تزوّجت الأخرى معها، فالقول قول الزوج ولا تطلّق المعروفة؛ لأن الزوج منكر شرط وقوع الطلاق هنا. وإذا قال الرجل: كنت طلّقت امرأة تزوّجتها، أو قال: كانت لي امرأة فطلّقتها، وادّعت المعروفة أنها هي، وقال الزوج: كانت لي امرأة أخرى غير المعروفة وإياها طلّقت، فالقول قول الزوج؛ لأن الزوج لم يقرّ بالإيقاع في الحال في هذه الصورة، حتى تتعيّن المعروفة لهذا الطلاق بحكم الظاهر، إنما أقرّ بالإيقاع فيما مضى في نكاح ما مضى؛ لأن قوله: كنت، إخبارٌ عن الماضي.

(١) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٢) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: وعلى ما زعم.

(٣) أثبت من "م".

(٤) وفي النسخ التي عندنا: وهو

رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل: امرأته طالق، فاستعدت عليه امرأته، فقال: لي امرأة أخرى غائبة وإياها عنيت. قال: إن أقام البيّنة أنّ له امرأة أخرى غائبة سواها، وقفت الأمر ولم أوقع الطلاق حتى تقدم الغائبة.

٥٠٦٠ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: فيمن قال [لامرأته:][1] امرأته طالق وله امرأة معروفة، فقال: لي امرأة أخرى، وجاءت امرأة أخرى، وادّعت أنها امرأته، وصدّقها الزوج في ذلك وقال: إياها عنيت، أو احترت أن أوقع الطلاق على هذه، فإن أقام بيّنة على التزوّج بالمجهولة قبل الطلاق، صرفت الطلاق عن المعروفة. و[إن][2] لم تقم [له][3] بيّنة على ذلك، وقضى القاضي بطلاق المعروفة، ثم أقامت له بيّنة على التزوّج بالمجهولة قبل الطلاق، أو قبل أن يقضي القاضي بطلاق المعروفة، وقال الزوج: عنيت بالطلاق المجهولة، فالقاضي يبطل ما قضى به من طلاق المعروفة ويردها إليه، ويوقع الطلاق على المجهولة. وكذلك لو كانت المعروفة قد تزوّجت.

٥٠٦١ - وفي «المنتقى» أيضًا: إذا قال: لامرأتي عليّ ألف درهم، وله امرأة معروفة، ثم قال: لي امرأة أخرى، والدَّين لها، فالقول قوله. ولو قال: امرأتي طالق على ألف درهم، فالطلاق والمال على امرأته المعروفة، فلا يصدّق في صرفها إلى غيرها. ولو قال: امرأتي طالق، ثم قال: لامرأتي عليّ ألف درهم، وله امرأة معروفة، ثم قال: لي امرأة أخرى وإياها عنيت، صدّق في حق المال، ولم يصدّق في حق الطلاق

٥٠٦٢ - [وفي طلاق][4] الأصل في باب الشهادة في الطلاق: إذا قال: فلانة بنت فلان طالق، يسمي امرأته ونسبها، ثم قال: عنيت بذلك امرأة أجنبيّة هي بهذا الاسم والنسب، لم يصدّق قضاء. وإن قال: هذه المرأة التي عنيتها امرأتي، وصدّقته في ذلك أوقع الطلاق عليها بإقراره، ولم يصدّق في حق صرف الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاح هذه المرأة قبل الإيقاع، أو على إقرار الرجل وهذه المرأة بالنكاح، أو على إقرار المرأة المعروفة بذلك، فحينئذ يؤمر الزوج بالبيان أنه أوقع الطلاق على أيّهما.

٥٠٦٣ - وفيه أيضًا: إذا تزوّج امرأتين إحداهما نكاحًا صحيحًا، والأخرى

---

(١) أثبت من «ظ».

(٢) أثبت من «ظ».

(٣) أثبت من «م».

(٤) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

نكاحاً فاسداً، واسمهما واحد، فقال: فلانة طالق، ثم قال: عنيت التي نكاحها فاسد، ثم يصدق قضاء [وكذلك إذا قال: إحدى امرأتيّ طالق، ثم قال: عنيت التي نكاحها فاسد، ثم يصدق قضاء][1]؛ لأن التي نكاحها فاسد لم تصر امرأة له، فكأنه قال: إحدى امرأتيّ طالق، وليس له إلا امرأة واحدة، ولو قال: إحداكما طالق، ثم نطلق التي صح نكاحها إلا أن يعينها. ولو كان في يده عبدان، قد اشترى أحدهما شراء صحيحاً، واشترى الآخر شراء فاسداً، فقال: أحدكما حر أو قال: إحدى عبديّ[2] حر، فهما سواء، والقول في البيان قوله.

(١) أثبت من النسخ الموجودة عندنا

(٢) وفي ظ: سيدي

الفصل[1] الثالث عشر في طلاق الغاية والظرف

٥٠٦٤ - إذا قال لها: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين، فهي واحدة. وإن قال: من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، فهي ثنتان، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا قال: من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة[2] إلى ثنتين يقع ثنتان، وإن قال: ما بين واحدة إلى ثلاث، أو من واحدة إلى ثلاث فهي ثلاث. وقال زفر رحمه الله تعالى: إذا قال: واحدة إلى ثنتين لا يقع الثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث يقع واحدة.

والحاصل أن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى تدخل الغاية الأولى دون الثانية، وعلى قولهما تدخل الغايتان، وعلى قول زفر لا تدخل الغايتان، وهو القياس، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يقول: في إدخال الغاية الأولى ضرورة؛ لأن الثانية لا وجود لها بدون الأولى [وهذه الضرورة معدومة في الثالث؛ لأن الثانية لها وجود بدون الثالثة][3]، فبقي الثالثة على أصل القياس.

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لو نوى واحدة في قوله: من واحدة إلى ثلاث دين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه أخرج الغاية الأولى والكلام يحتمله، إلا أنه خلاف الظاهر. وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى[4]: أنه لو قال: أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث، فهي واحدة؛ لأنه لم يجعل الثلاث غاية، إنما أوقع ما بين العددين وذلك واحدة. ولو قال: ما بين واحدة إلى أخرى، أو من واحدة يقع عند أبي حنيفة رضي الله عنه واحدة[5]، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى على قولهما، قال بعضهم: يقع ثنتان، وهكذا ذكر في تجريد القدوري؛ لأنه عندهما يدخل الغايتان، وقال بعضهم: يقع واحدة لأنه يحتمل أن يكون

---

(١) وفي ... : نوع آخر.

(٢) وفي ... إلى ثلاث، أو من واحدة أما ثلاث، أو من واحدة إلى ثلاث، أو من واحدة إلى ثلاث، أو من واحدة، أما ثلاث، أو من واحدة إلى ثلاث، فهي ثلاث، وقال ...

(٣) أثبت من ... و ... و ...

(٤) وفي ... روي عن ... وفي ... : روى هشام رحمه الله أنه قال: أنت طالق

(٥) هكذا في الأصل و ... وفي ... أو من واحدة إلى واحدة فهي واحدة

الغاية، وقاسه على ما إذا جعل الغاية مكانًا بأن قال لها: أنت طالق إلى مكة أو إلى بغداد، فإن ثمة يلغى الغاية ويقع الطلاق للحال؛ كذا هنا.

وإنا نقول: كلام العاقل لا يلغى ما أمكن العمل به، وقد أمكن[1] العمل هنا بمجاز كلمة «إلى» إن تعذر تحقيقها، بيانه: وهو أن كلمة «إلى» كما تذكر ويراد بها الغاية، فقد تذكر ويراد بها بعد، يقول الرجل في العرف والعادة: أنا خارج من هذا البلد إلى عشرة أيام، ويريد به أنا خارج بعد عشرة أيام، فجعلناه مجازًا عن بعد، فصار تقدير المسألة كأنه قال لها: أنت طالق بعد شهر، أو قال: بعد سنة، ولو صرّح بذلك لا يقع الطلاق إلا بعد مضي شهر، كذا هنا. بخلاف قوله: إلى مكان كذا، فإن هناك كما تعذر العمل بحقيقة كلمة «إلى» تعذر العمل بمجازها[2] عبارة عن بعد؛ لأنه لو نص على البعدية بأن قال: أنت طالق بعد مكة، أو قال: بعد بغداد، يقع الطلاق في الحال، وفي قوله: بعد شهر، لا يقع الطلاق في الحال.

٥٠٦٨- ولو قال لها: أنت طالق إلى الصيف، أو قال: إلى الشتاء، فهذا وما لو قال: إلى حين أو إلى شهر سواء، وكذلك إذا قال: إلى الربيع، أو قال: إلى الخريف، وتكلموا في معرفة هذه الفصول، قال بعضهم: متى اتصل الحر على الدوام كان صيفًا، وإذا انكسر الحر ولم يتصل البرد كان خريفًا، وإذا اتصل البرد كان شتاء، وإذا انكسر البرد ولم يتصل الحر[3] كان ربيعًا. وقال بعضهم: الشتاء ما يحتاج فيه إلى الوقود والثوب المحشو، والصيف ما لا يحتاج فيه إلى الوقود أو الثوب المحشو، والخريف والربيع ما يحتاج فيه إلى الثياب، ولا يحتاج فيه إلى الوقود.

وقال بعضهم: الصيف ما يكون على الأشجار الأوراق والثمار، والخريف ما يكون على الأشجار الأوراق، ولا يكون عليها الثمار، والشتاء ما لا يكون على الأشجار الثمار ولا الأوراق، والربيع ما يخرج الأشجار الأوراق.

٥٠٦٩- إذا قال لها: أنت طالق في الدار، أو قال: في مكة، طلقت وإن لم يكن في الدار، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق في الشمس وهي في الظل، كانت طالقًا للحال؛ لأنه جعل هذه الأشياء ظرفًا للطلاق، وإنها موجودة، وجعل الموجود ظرفًا يوجب الوقوع للحال؛ لا جعل الموجود شرطًا، وكذا إذا قال: أنت طالق في ثوب كذا، وعليها ثوب آخر فهي طالق،

---

(١) وفي «ب»: وقد أمكن العمل به، وقد أمكن العمل هنا.

(٢) في «ب»: بمجازها.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«ب».

وطريقه ما قلت.

٥٠٧٠ - ولو قال لها: أنت طالق في دخولك مكة، أو في دخولك دار فلان، أو في لبسك ثوب كذا، لم تطلق حتى تفعل ذلك الفعل؛ لأنه جعل ظرف الطلاق شيئًا محسوسًا، فيصير كأنه جعل شرط وقوع الطلاق شيئًا محسوسًا، وهناك لا يقع الطلاق ما لم يوجد الشرط، كذا هنا. ولو قال: عنيت بقولي أنت طالق في الدار، أو في مكة إذا أتيت مكة، أو دخلت الدار، صدق ديانة لا قضاء.

٥٠٧١ - ولو قال لها: أنت طالق إذا دخلت مكة، لم تطلق حتى تدخل مكة. ولو قال لها: أنت طالق في صلاتك، لم تطلق حتى تركع وتسجد، وقيل: حتى ترفع رأسها من السجدة، وقيل: حتى توجد القعدة. ولو قال: في حيضتك أو طهرك، فإن كان موجودًا وقع، وإلا توقف على وجوده.

ولو قال لها: أنت طالق في الغد، أو قال: غدًا ولا نية له، يقع الطلاق حين يطلع الفجر من الغد، فإن قال: نويت به الوقوع في آخر الغد، فإنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى في الفصلين؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه ذكر الكل وأراد به البعض، وهل يصدق قضاء؟ أجمعوا على أنه لا يصدق في قوله غدًا، واختلفوا في قوله في الغد. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يصدق، وقالا: لا يصدق؛ لأنه نوى خلاف الظاهر؛ لأن الغد اسم من أول النهار فنية آخر النهار تكون بخلاف الظاهر. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن قوله: أنت طالق في الغد إيقاع في الغد، والطلاق لا يقع في جميع أجزاء الغد، وإنما يقع في جزء منه، ففي أي جزء وقع كان الواقع في الغد، فنية الجزء الأخير - وهو صالح للوقوع فيه - ولا يكون نية بخلاف الظاهر، بخلاف قوله: غدًا؛ لأن هناك جعلها طالقًا غدًا، والغد اسم من أول النهار إلى آخره، فما لم يقع الطلاق في الجزء الأول، لا تكون طالقًا من أول النهار إلى آخره، فإذا نوى آخر النهار فقد نوى خلاف الحقيقة وخلاف الظاهر.

٥٠٧٢ - ومثل هذا: إذا قال لها: أنت طالق رمضان، أو قال: في رمضان، وعلى هذا إذا قال لها: أنت طالق شهرًا، أو قال: في الشهر. ولو قال: أنت طالق في رمضان، فهو على أول رمضان يأتي. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق في يوم الخميس، فهو على أول خميس يأتي. ولو قال: عنيت الرمضان الثاني، لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويصدق ديانة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الرابع عشر
في الشك في إيقاع الطلاق وفي الشك في عدد ما وقع من الطلاق وفي الإيجاب المبهم

٥٠٧٣ - وإذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً أو لا شيء، أو قال: أنت طالق واحدة، أو لا شيء، أو قال: أنت طالق واحدة أو لا، يقع واحدة عند محمد رحمه الله تعالى، وهو قول أبي يوسف أولاً، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يقع شيء، وأما إذا قال: أنت طالق، ولم يذكر عدداً، ثم قال: أو لا، أو قال: أو لا شيء، فإن قال: أو لا لا يقع شيء باتفاق الروايات، وإذا قال: أو لا شيء، ذكر في رواية أبي سليمان: أنه لا يقع شيء من غير ذكر الخلاف، وفي رواية أبي حفص أنه على الاختلاف الذي تقدم، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في مختلفاته، وذكر شيخ الإسلام هذه الجملة في شرحه.

٥٠٧٤ - وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله تعالى: إذا شك أنه طلق واحدة أو ثلاثاً فهي واحدة حتى يستيقن، أو يكون أكبر ظنه على خلافه، فإن قال الزوج: عزمت على أنها ثلاث، أو هي عندي على أنها ثلاث، أضع الأمر على أشده، فأخبره عدول حضروا ذلك المجلس، وقالوا: كانت واحدة، قال: إذا كانوا عدولاً صدقهم وأخذ بقولهم. وعن هشام قال: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل حلف بطلاق امرأته، ولا يدري ثلاث حلف أو بواحدة، قال: يتحرى الصواب، فإن استوى ظنه عمل بأشد ذلك عليه.

٥٠٧٥ - ذكر القدوري رحمه الله تعالى: إذا ضم إلى امرأته من لا يقع عليه الطلاق، مثل الحجر والبهيمة، وقال: إحداكما طالق، أو قال: هذه طالق أو هذه، طلقت امرأته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد رحمه الله تعالى: لا تطلق؛ لأن كلمة "أو" إذا دخلت بين الشيئين توجب الشك، فصار في حق المرأة كأنه قال: أنت طالق أو غير طالق. ولهما أن الشك إنما يقع بحكم كلمة "أو" إذا صح ضم غير المنكوحة إلى المنكوحة، والضم لا يصح هنا؛ لأنه ليس بمحل للطلاق في حق نفسه وهو أصل، فصارت المنكوحة متعينة للإيقاع.

٥٠٧٦ - ولو جمع بين منكوحته وبين أجنبية، وقال: إحداكما طالق، أو قال: هذه طالق

بسوية، فإن قال: هذه طالق أو هذه، وهذه أو هذه، وقع الطلاق على أحد الأوليين وإحدى الأخريين. ولو قال: هذه طالق أو هذه، وهذه وهذه، طلقت الثالثة والرابعة، وإليه الخيار في الأوليين. ولو قال: هذه طالق وهذه، أو هذه وهذه، طلقت الأولى والرابعة، وله الخيار في الثانية والثالثة.

٥٠٨٢- ذكر هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لامرأته ولأجنبية: إحداكما طالق واحدة، والأخرى ثلاثاً، وقعت الواحدة على امرأته. قال محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات»: رجل له امرأتان رضيعتان، فقال: إحداكما طالق ثلاثاً، طلقت إحداهما والبيان إليه. الأصل في هذا: أن إيقاع الطلاق في مجهول صحيح، ويتعلق نفاذه ووقوعه بالبيان، والطلاق يقبل التعليق بسائر الشروط، فيقبل التعليق بالبيان، ويقتصر الوقوع بالبيان؛ لأن المتعلق كأن منه، فلو أنه لم يبين الطلاق في إحداهما حتى جاءت امرأة وأرضعتهما معاً أو على التعاقب بانتا جميعاً، وهذه المسألة دليل على أن الطلاق المبهم غير نازل في المحل أصلاً، إذ لو كان نازلاً كانت الأجنبية فارقة بعد بينونة إحداهما، وبنت لا توجب الفرقة.

٥٠٨٣- وذكر محمد في «الأصل» ما يدل على أن الطلاق المبهم نازل في المحل، فإنه ذكر: لو أن رجلاً تحته أربع نسوة من الكوفيات لم يدخل بهن، فقال: إحداكن طالق، ثم تزوج مكية جاز نكاحها، ولو لم يكن الطلاق المبهم نازلاً في حق المحل، كان هذا متزوجاً بخامسة، والتزوج بالخامسة منه حرام.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: في المسألة روايتان، على رواية «الأصل» الطلاق المبهم نازل في المحل، وعلى رواية «الزيادات» غير نازل في المحل، فعلى قول هذا القائل على رواية «الأصل»: لا تقع الفرقة في مسألة الرضاع، وعلى رواية «الزيادات» تقع، وفي مسألة النكاح على رواية «الزيادات»: لا يجوز التزوج بالمكية، وعلى رواية «الأصل» يجوز، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ما ذكر في «الزيادات» قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فإن الطلاق المبهم عنده غير نازل في المحل كالعتاق المبهم، فعلى قول هذا القائل: لا يجوز التزوج بالمكية على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فإن الطلاق المبهم عنده غير نازل في المحل كالعتاق المبهم، ولا تقع الفرقة في مسألة الرضاع على قول محمد رحمه الله تعالى. وبعض مشايخنا قالوا: الطلاق المبهم والعتاق المبهم، لا ينزلان في المحل أصلاً بالاتفاق، إلا أن يوجد من الموقع فعل يصير به موقعاً في المعين، كما في

العبدين لو باع أحدهما، أو وهب، أو تصدّق بالاتفاق، وكما في الجاريتين إذا وطئ إحداهما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى[1]، فإنّ في هذه الصورة يصير موقعًا العتق في العين بصيغته.

إذا ثبت هذا فنقول: في مسألة النكاح وجد من الزوج فعل يستدل به على إيقاع الطلاق في العين[2]، وهو إقدامه على نكاح المكية، فإنّ الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة النكاح، ولا صحة لنكاح المكية إلا بعد إيقاع الطلاق في إحدى الكوفيات [فيصير موقعًا في إحدى الكوفيات][3] بعينه. أما في مسألة الرضاع لم يوجد من الزوج بعد قوله: إحداكما طالق، فعل يستدل به على إيقاع الطلاق في إحداهما، فكان النكاح باقيا فيهما من كل وجه.

وبعضهم قالوا: الطلاق المبهم نازل حتى في المحل [في حق المعين[4] يرجع إلى الموقع، ويختص به غير نازل في المحل في حق المعين، ويرجع إلى المحل المعين][5] ويختص به، والعتاق المبهم كذلك، وهو الأصحّ؛ وهذا لأنه لا تنكر من جانب الموقع، وإنما التنكر من جانب المحل، فكل حكم يختص بالموقع فالطلاق واقع فيه، وكل حكم يختص بالمحل فالطلاق غير واقع فيه.

إذا ثبت هذا فنقول: حل التزوج بالمكية حكم يختص بالموقع، فكان الطلاق المبهم نازلا فيه، فكان هذا تزوّجا بالرابعة لا بالخامسة. فأما حرمة الأختين جميعًا حكم يختص بهما؛ لأنه إنما حرم الجمع بين الأختين صيانة لهما عن قطع الرحم، والطلاق المبهم غير نازل في المحل في حقهما، فيصير جامعًا بين الأختين. وعن هذا قلنا: إنّ العدة في الطلاق المبهم تعتبر من وقت البيان، حتى إنه إذا كان له امرأتان ودخل بهما، أو أكثر من ذلك، فطلّق إحداهما بغير عينهما، ثم إنه عيّن الطلاق في إحداهما، فإنه يعتبر العدة من وقت التعيين؛ لأن العدة حكم يختص بالمحل، والطلاق المبهم غير نازل في حق حكم يختص بالمحل.

٤٠٨٥- قال في "الزيادات": رجل تحته حرّة وأمة، وقد دخل بهما، فقال: إحداكما طالق ثنتين، ثم عتقت الأمة، ثم بين الزوج الطلاق في المعتقة، قال: تحرم حرمة غليظة، ولا يبطل ميراثها إذا كان [الإعتاق][6] في حالة الصحة، والبيان في حالة المرض. واعلم بأنّ

(١) وفي "م": عند أبي يوسف ومحمد.

(٢) وفي "م": في المعين.

(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٤) وفي "ب": معين.

(٥) أثبت من جميع النسخ التي توجد عندنا.

(٦) هكذا في "ب" و"ف" و"م"، وكان في الأصل و"ظ": الإيجاب.

البيان في إيجاب المبهم إنشاء من وجه، إظهار من وجه، إنشاء في حق حكم يرجع إلى المحل ويختص به؛ لأن الإيجاب المبهم غير نازل في حق المحل أصلاً على أصح الأقوال، فكان البيان إنشاء في حقه، إظهاراً في حق حكم يرجع إلى الموقع ويختص به؛ لأن الإيجاب المبهم نازل في حق الموقع على أصح الأقوال. فكان البيان] (1) إظهاراً في حقه.

٥٠٨٥- إذا ثبت هذا فنقول: الميراث حكم يختص [بالمرأة] (2)، فاعتبر البيان فيه إنشاء، فصار الزوج فاراً. فأما الحرمة الغليظة حكم يختص بالزوج. ولأن الحل الثابت بالحرمة الغليظة حق الزوج] (3)، فاعتبر البيان فيه إظهاراً، فكان الطلاق واقعاً على الأمة، والأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين. ثم إذا أورثت المعتقة كان لها ربع الميراث، وللحرة الأصلية ثلاثة أرباع الميراث؛ لأن البيان من الزوج في حق الميراث لم يصح، فيجعل كأن لم يكن. وإن عدم البيان كان الميراث بينهما أرباعاً؛ لأنه لو وقع الطلاقات على الحرة الأصلية، كان للحرة الأصلية نصف الميراث؛ لأنها لا تبين بالطلقتين، فيكون نصف الميراث لها، والنصف للمعتقة. وإن وقع على المعتقة، كان للحرة الأصلية كل الميراث، فنصف الميراث ثابت لها بيقين، والنصف الآخر يثبت في حال دون حال فينتصف، فصار للحرة الأصلية ثلاثة أرباع الميراث لهذا.

٥٠٨٦- وعلى الحرة الأصلية عدة الوفاة، لا يعتبر فيها الحيض، وعلى المعتقة أربعة أشهر وعشر يستكمل فيها ثلاث حيض، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، بناء على أن امرأة الفار تعتد بأبعد الأجلين عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى امرأة الفار تعتد بعدة الطلاق لا غير، فيجب على المعتقة عدة الطلاق لا غير، وكان ينبغي أن لا يعتبر في حقها ثلاث حيض؛ لأن باعتبار نسبة الأطهار عليها حيضتان؛ لأن الطلاق كان في حال الرق، وباعتبار تقدم الإعتاق عليها عدة الوفاة، فثلاث حيض من أين يجب؟

٥٠٨٧- ولو كانتا أمتين فقال الزوج: إحداكما طالق ثنتين، ثم أعتقتا جميعاً، ثم مرض وبين الطلاق في إحداهما، فإنه تحرم حرمة غليظة لما بينا، والميراث بينهما نصفين؛ لأن البيان في حق الميراث كالعدم، ولو عدم البيان كان الميراث بينهما؛ لأن إحداهما وارثة بيقين وهي التي لم يقع عليها الطلاق، والأخرى ليست بوارثة بيقين وهي التي وقع عليها الطلاق،

---

(1) أثبت من ب و ف و ظ.

(2) مكانها في ب و ف و ... وكذا في الأصل و ظ: بالمعتق.

(3) أثبت من ب و ف و ج.

وليست إحداهما بأولى من الأخرى فيكون بينهما، وعلى المعتدة [بالطلاق](1) أربعة أشهر وعشراً، فيها ثلاث حيض احتياطاً، وعلى الأخرى أربعة أشهر وعشراً لا حيض فيها؛ لأن زوجها مات عنها وهي منكوحة.

٥٠٨٨ - رجل تحته أمتان لرجل، فقال المولى: إحداكما حرة، ثم قال الزوج: التي أعتقها المولى طالق ثنتين، كان البيان إلى المولى لا إلى الزوج؛ لأن الأصل في هذا المولى؛ لأن الزوج بنى إيقاع الطلاق على إعتاق المولى، وإذا بيّن المولى العتق في إحداهما طلقت ثنتين، ويملك الزوج مراجعتها؛ لأن الطلاق لم يقع عليها بعد العتق؛ لأن الزوج هكذا أرسل، فيصادفها الطلاق وهي حرة، والحرة لا تحرم حرمة غليظة بتطليقتين.

٥٠٨٩ - ولو كان الزوج هو الذي بدأ فقال: إحداكما طالق ثنتين، ثم قال المولى: التي طلقها الزوج حرة، فههنا خيار البيان إلى الزوج؛ لأن الزوج صاحب الأصل، وإذا بيّن الزوج الطلاق في إحداهما [عتقت] وحرمت حرمة غليظة؛ لأن الطلاق صادفها وهي أمة، فتحرم حرمة غليظة وتعتد بحيضتين.

٥٠٩٠ - رجل تحته أمتان لرجل، فقال المولى: إحداكما(2) حرة، ثم قال الزوج: التي أعتقها المولى طالق، فمات المولى قبل البيان، عتق من كل واحدة منهما نصفها؛ لأن صاحب العتق قد فات بموت المولى، فيشيع العتق فيهما، ثم يجبر الزوج على الطلاق بوقعه على أيتهما شاء، وإن كان الزوج صاحب تبع؛ لأن البيان في حق صاحب الأصل فات على وجه لا يرجى وجوده، ولا يمكن إلغاء الطلاق لصدوره من أهله في محله، ولا يمكن القول بشيوع الطلاق؛ لأن الطلاق لا يقبل الشيوع، فمست الضرورة إلى جعل البيان إلى الزوج، وهذا بخلاف ما لو غاب المولى ولم يمت لا يؤمر الزوج بالبيان؛ لأن هناك لا ضرورة؛ لأنه لم يقع اليأس عن بيان صاحب الأصل، ولا كذلك فصل الموت.

٥٠٩١ - وإن كان الطلاق ثنتين، هل تحرم حرمة غليظة؟ لم يذكر هذا الفصل محمد رحمه الله تعالى في الكتاب، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، حكي عن الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمه الله تعالى: أنها لا تحرم حرمة غليظة؛ لأن الطلاق صادفها وهي حرة؛ لأن العتق شاع فيهما بموت المولى، وغيره من المشايخ قالوا: على قول أبي

(1) أثبت من [illegible]

(2) [illegible]

حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي أن تحرم حرمة غليظة، خلافاً لهما؛ لأن [العتق يثبت] شائعاً فيهما [بموت المولى](1)، إلا أنه عتق من كل واحدة منهما نصفها، والعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتجزأ، فكانت كل واحدة منهما معتق البعض، ومعتق البعض في معنى المكاتب، فصادفها الطلاق وهي مكاتبة، فالمكاتبة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين.

٥٠٩٢- قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع: إذا كان للرجل امرأتان دخل بهما، فقال لهما: أنتما طالقان، طلقت كل واحدة منهما تطليقة رجعية، فإن لم يراجع واحدة منهما حتى قال لهما: إحداكما طالق ثلاثاً، كان له البيان، فإن لم يبين حتى انقضت عدة إحداهما، تعينت الباقية للثلاث؛ لأن التي انقضت عدتها خرجت من أن تكون محلاً للبيان؛ لأن البيان إيقاع من وجه وإظهار للعتق الواقع من وجه، وأي الأمرين اعتبر يجب أن يشترط لصحة البيان قيام ما يشترط لصحة الإيقاع، إن اعتبرناه(3) إيقاعاً فظاهر، وإن اعتبرناه إظهاراً للواقع فلأن ولاية الإظهار إنما يستفاد بولاية الإيقاع على ما عرف، والتي انقضت عدتها ليس بمحل للإيقاع ابتداء، فلا يكون محلاً للبيان، فتعينت الأخرى للثلاث.

٥٠٩٣- وإن انقضت عدتهما معاً، لم يقع الثلاث على واحدة منهما، قالوا: أراد بذلك أنه لا يقع الثلاث على واحدة منهما بعينها، أما يقع الثلاث على واحدة منهما لا بعينها، ثم قال: وليس له أن يوقع الطلاق على واحدة منهما بعينها، قالوا: أراد بذلك أنه ليس له أن يوقع الطلاق على واحدة منهما بعينها مقصوداً بالبيان. وفائدة ذلك حكماً أن نكاح بأن يتزوج إحداهما بعد انقضاء العدة، ولو انقضت عدتهما](4)، ثم أراد أن يتزوجهما معاً لم يجز؛ لأن إحداهما مطلقة بالثلاث، لا تحل له إلا بعد زوج آخر، وغير المطلقة غير معلوم، والنكاح في المجهولة لا يجوز، ولو تزوج بإحداهما جاز، وتعينت الأخرى لتطليقات الثلاث، أما جواز نكاحها؛ لأن المقتضي لحل المحلية موجود في حقها، وهو كونها أنثى من بنات آدم، والمزيل وهو التطليقات الثلاث لا يدرى المحل هل صادف(5) هذه أم لا؟ وإذا جاز نكاح هذه، تعينت الأخرى للثلاث ضرورة؛ لأن من ضرورة صحة نكاح هذه انتفاء الثلاث عن هذه،

---

(1) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: العقد.

(2) أثبت من: ف.

(3) وفي م: إذا اعتبرناه يجب أن يشترط إيقاعاً، هكذا تكرار في العبارة.

(4) أثبت من: ظ و م.

(5) وفي ظ: صادف، وفي ب و ف: صادفت.

الإنشاء، فيصير به الزوج فاراً، كما لو أنشأ الطلاق في حالة المرض، فإن كان له امرأة أخرى غيرهما لم يقل لها شيئاً من ذلك، كان نصف الميراث لتلك المرأة؛ لأنها لا تزاحمها في الميراث من هاتين المرأتين إلا واحدة، والنصف الآخر بين هاتين بالسوية؛ لعدم الأولوية، فإن لم يبيّن الزوج الطلاق في إحداهما حتى ماتت إحداهما والزوج مريض، فإنه تتعين الأخرى للطلاق ضرورة، ولا ترث وإن كان البيان إنشاء في حق المحل؛ لأن البيان ههنا حصل حكماً لا بصنع من جهة الزوج، وبه لا يصير الزوج فاراً. فإن كانت له امرأة أخرى كان لها كل الميراث؛ لأن الميتة صارت محرومة عن الميراث بالموت، والحية صارت محرومة لوقوع الطلاق عليها على نحو ما بيّنا، فكان كل الميراث للأخرى، وإن لم تمت واحدة منهما حتى عيّن الزوج الطلاق في إحداهما في مرض موته، ثم ماتت إحداهما قبل موته، ولا زوجة له غيرهما، فإن كانت التي ماتت هي التي أوقع عليها الطلاق، كان الميراث كله للأخرى، وإن كانت التي ماتت هي الأخرى، وبقيت التي عيّن الطلاق فيها كان للمعيّنة نصف الميراث.

والفرق أن الزوجية التي هي سبب للإرث قد انقطعت في حق المعيّنة بحكم البيان ولهذا حرم الوطء، ولكن قامت العدة مقام الزوجية في حق الميراث، بخلاف القياس في القدر الذي كان لها، وذلك النصف. أما في حق غير المعيّنة، الزوجية قائمة من كل وجه، وأنها سبب لاستحقاق جميع الميراث، إلا أن بحكم المزاحمة كان لها نصف الميراث، وقد زال المزاحمة هنا، فتستحق جميع الميراث. وإن كان للزوج امرأة أخرى لم يقل لها شيئاً من هذه المقالة، ففيما إذا ماتت المعيّنة للطلاق كان الميراث بين الباقيتين نصفين، وفيما إذا بقيت المعيّنة للطلاق كان للمعيّنة ربع الميراث، وللأخرى ثلاثة أرباع الميراث.

٥٠٩٧- ولو قال لامرأتين له: إحداكما طالق، وماتت إحداهما قبل البيان حتى تعيّنت الأخرى للطلاق، قال الزوج: عنيت الميتة بالطلاق، لا يقبل قوله في حق صرف الطلاق عن الباقية، ويقبل قوله في حق إبطال حقه في ميراث الميتة. وكذلك إذا ماتتا جميعاً إحداهما بعد الأخرى، ثم قال: [عنيت][1] التي ماتت أولاً، لم يرث منهما؛ لأن ميراثه عن الثانية سقط لتعيّنه للطلاق حكماً بموت الأولى، وعن الأولى سقط باعترافه، ولو ماتتا معاً، أو إحداهما قبل الأخرى ولا تعرف التي ماتت أولاً، يرث من كل واحدة نصف ميراثه.

٥٠٩٨- ولو قال: أردت إحداهما بعينها، سقط ميراثه عنها باعترافه، ويرث عن الأخرى نصف ميراث الزوج. ولو طلّق الزوج واحدة بعينها، ثم قال: أردت بهذا الطلاق

---

(١) هكذا في "ظ" وكان في الأصل: عنيت.

للتعيين، كان القول قوله؛ لأن التعيين والإنشاء في صيغة واحدة، فكان اللفظ محتملاً لما ادّعاه، فقبل قوله.

٥٠٩٩- ولو قال لامرأتين له، وقد دخل بهما: إحداكما طالق واحدة، والأخرى ثلاثاً، ولا نية له في واحدة منهما، فله أن يوقع الثلاث على [أيتهما شاء مادامتا في العدة، وإذا انقضت عدتهما ليس له أن يوقع الثلاث على][1] إحداهما بعينها. وإن انقضت عدة إحداهما بانت هي بواحدة، والأخرى طالق ثلاثاً؛ لأنه إنما يحتاج إلى إثبات ولاية البيان في حق الثلاث دون الواحدة؛ فوقوع الواحدة على كل واحدة منهما، فإن المطلقة بالثلاث تكون مطلقة بالواحدة، أما المطلقة بالواحدة لا تكون مطلقة بالثلاث صح أن الحاجة إلى إثبات ولاية البيان في حق الثلاث دون الواحدة. إذا انقضت ولاية البيان في حق التي انقضت عدتها، تعينت الأخرى للثلاث الذي يحتاج إلى إثبات ولاية البيان فيها. وإن لم يكن دخل بهما، وباقي المسألة بحالها، فليس له أن يوقع الثلاث على إحداهما بعينها. فإن تزوج بإحداهما في هذه الصورة جاز، وليس له أن يتزوج الأخرى. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لأني علمت أن الثلاث وقع على إحداهما، فليس له أن يجمعهما. قال: ولا أقول: إن التي لم يتزوج وقع عليها الثلاث.

٥١٠٠- ولو طلق امرأة من نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها، لم يحل له وطء واحدة حتى يعلم التي طلق؛ لأن كل واحدة منهن تحتمل أن تكون هي المحرمة، وكذلك لا يحل لواحدة منهن التزوج بغيره؛ لأن كل واحدة منهن تحتمل أن تكون هي المنكوحة. ولو ترافعن إلى القاضي، وطلبن النفقة قضى عليه بنفقتهن، وحبسه حتى يبين التي طلق منهن.

٥١٠١- وفي «المنتقى»: يقول القاضي له: أوقع الطلاق على أيتهن شئت، واحلف للباقيات إن ادعين ذلك، فإن قال: لا أدري، ولم يوقع الطلاق على واحدة منهن، حلفه القاضي لكل واحدة منهن: بالله ما هي المطلقة ثلاثاً، إن ادعت كل واحدة منهن أنها هي المطلقة، فإن نكل لهن فرق بينه وبينهن بثلاث تطليقات، وإن حلف لهن بقي الأمر على ما كان قبل الدعوى؛ لأن القاضي تيقن بمجازفته في هذه الأيمان؛ لأنه عرف وقوع الطلاق على واحدة منهن، والطلاق متى وقع لا يرتفع باليمين. وعن محمد رحمه الله تعالى أنه إذا حلف للثلاث منهن تعينت الرابعة للثلاث ولا يحلف لها. وعن محمد فيما إذا كانت امرأتين أنه إذا حلف لإحداهما، طلقت التي لم يحلف لها؛ لأن يمينه محمولة على الصدق، ومن

-----

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم و ب.

الفصل الخامس عشر في إيقاع الطلاق بالمال

٥١٠٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق بألف درهم، فقبلت، طلقت، وعليها ألف درهم؛ لأن هذا خطاب معاوضة، لأن حرف الباء يصحب الإبدال، فقد جعل الألف بدلاً عن الطلاق، والمال يصلح بدلاً، والطلاق يصلح مبدلاً، فهو في معنى قولنا: إن هذا خطاب معاوضة، والمعاوضة في حق وجوب العوضين بالإيجاب والقبول كما في البيع. وكذلك إذا قال: أنت طالق على ألف درهم؛ لأن كلمة على تستعمل لإيجاب البدل في المعاوضات بمنزلة حرف الباء، يقول الرجل لغيره: بعت منك هذا وعليك ألف درهم، أجرت منك هذا وعليك ألف درهم، وكان معناه بألف درهم. وهذا بخلاف قوله: إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق، إن جئتني بألف درهم فأنت طالق، إن أديت إلي ألف درهم فأنت طالق، إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق، متى أعطيتني ألف درهم فأنت طالق؛ حيث لا يقع الطلاق ما لم يوجد الأداء؛ لأن هذا تعليق صريح، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط بخلاف قوله: على ألف درهم، على ما مر.

٥١٠٥ - وكذلك إذا قال: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم، فقبلت يقع الطلاق، بمنزلة ما لو قال: أنت طالق على ألف درهم؛ لأن هذا إيجاب الطلاق بمال، وليس بتعليق بشرط الإعطاء بمنزلة قوله: بعت منك هذا العبد على أن تعطيني ألف درهم، فيكتفى بقبولها [في وقوع](1) الطلاق، فعلى هذا إذا قال لامرأته: أنت طالق بشرط أن تكفل فلاناً عن كذا درهم، أو قال: بأن شرط كفالة فلان عن كذا درهم، فقبلت يقع الطلاق. ثم قوله: إن أعطيتني ألف درهم أي جئتني بألف درهم، إنما يقع الطلاق بالإعطاء [إذا وجد الإعطاء](2) في المجلس؛ لأن هذا الكلام تعليق صورة، ومعاوضة [معنى؛ لأن هذا الطلاق لا يقع إلا بمال، وهذا هو حد المعاوضة](3)، فاعتبرنا معنى التعليق فقلنا: لا يقع الطلاق إلا بعد وجود الإعطاء، واعتبرنا معنى المعاوضة فقصرنا معنى(4) الإعطاء على المجلس، وفي قوله: متى أعطيتني يقع الطلاق،

(1) هكذا في [illegible] وكذا في الأصل [illegible] لوقوع.

(2) أثبت من [illegible].

(3) أثبت من هامش النسخة التي [illegible].

(4) هكذا [illegible] في الأصل فقط.

مستعملا واحدًا، يقول الرجل لغيره: بعت منك بألف درهم، وبعت منك على ألف درهم.
وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: كلمة "على" للشرط في وضع اللغة، وأمكن العمل بحقيقتها في باب الخلع؛ لأن تعليق بدل الطلاق جائز تبعًا للطلاق؛ لأن البدل يكون تبعًا للمبدل في المبادلات، كالثمن تبع للمثمن. وإذا صح تعليق بدل الخلع[1] تبعًا للطلاق جعلنا وجوب الألف معلقًا بوقوع الثلاث، فما لم يوجد [إيقاع الثلاث، لا يوجد][1] الشرط بكماله، فلا يترك شيء من الجزاء. أما في باب البيع والإجارة [فالعمل بحقيقة الشرط غير ممكن؛ لأن كل واحد من البدلين في باب البيع والإجارة][2]، ولا يقبل التعليق، فجعل كلمة "على" مجازًا عن حرف "الباء"؛ والبدل ينقسم على المبدل إذا كان متعددًا.

٥١٠٨ - وإذا قالت المرأة لزوجها: طلقني وضرتي على ألف درهم، فطلقها أو ضرتها، يجب نصف الألف إذا كان مهر مثلهما على السواء، كما لو قالت: طلقني وضرتي بألف درهم. وإن كان مهر مثلهما على التفاوت، يجب حصة المطلقة من الألف. من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجب شيء، ومنهم من قال: هذا قول الكل، والأول أصح. وأما إذا قالت: طلقني وضرتي على ألف درهم علي، فطلق إحداهما، فلا رواية في هذه الصورة. ولقائل أن يقول: يلزمها حصتها من الألف، ولقائل أن يقول: لا يلزمها شيء من الألف ما لم يطلقها جميعًا.

٥١٠٩ - وإذا كان للرجل امرأتان، سألتاه أن يطلقهما على ألف درهم أو بألف درهم، فطلق إحداهما لزم المطلقة حصتها من الألف، فإن طلق الأخرى لزم حصتها أيضًا إن كان طلقها في المجلس. ثم في قولها: طلقني ثلاثًا بألف درهم، إذا طلقها ثلاثًا متفرقًا في مجلس واحد، القياس أن يقع تطليقة بتلك الألف، ويقع الأخريات بغير شيء، وفي الاستحسان يقع ثلاث تطليقات بألف درهم.

وجه القياس: أنه لما طلقها واحدة، وقعت واحدة بتلك الألف وبانت منه، فحين طلقها الثانية والثالثة طلقها وهي بائنة، فيقع الثانية والثالثة بغير شيء، كما لو طلقها الثانية والثالثة بعد ما تفرقا عن المجلس[4]. وجه الاستحسان: أن إيقاع الطلاق الثلاث وجد في لفظة واحدة

(١) هكذا في "ب"، وكذلك في الأصل و"ظ": [illegible] التعليق.
(٢) أثبت من النسخ التي هي متداولة لدينا.
(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".
(٤) وفي "م": عن المجلس لا يجب شيء.

من حيث الحكم؛ لما عرف أن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة حكماً، فيعتبر ما لو حصل إيقاع الثلاث في لفظة واحدة من حيث الحقيقة، وهناك يجب جميع الألف، فههنا كذلك.

ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر من جواب الاستحسان محمول على ما إذا وصل الكلمات بعضها ببعض، أما إذا فصل بين كل كلمتين بسكوت لا يجب جميع الألف، وإن حصل الإيقاع في مجلس واحد، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى في باب المشيئة إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً إن شئت، فقالت: شئت واحدة وواحدة وواحدة موصولاً يقع ثلاث، ويصير كأنها قالت: شئت الثلاث، ولو قالت: شئت واحدة وسكتت، ثم قالت: وواحدة وسكتت، ثم قالت: وواحدة وسكتت، فإنه لا يقع شيء وإن كان المجلس واحداً، واعتبر مع اتحاد المجلس الوصل، كذا هنا.

ومنهم من يقول: إذا كان المجلس واحداً، لا يشترط الوصل. واستدل هذا القائل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى بعد هذه المسألة، إذا قالت المرأة لزوجها: سألتك أن تطلقني ثلاثاً بألف درهم، فطلقتني واحدة، فلك ثلث الألف، وقال الزوج: لا، بل طلقتك ثلاثاً ولي عليك جميع الألف، فالقول قول الزوج إذا كانا في المجلس، فقد اعتبر اتحاد المجلس، ولم يعتبر الوصل في التطليقات. وهذا القائل يفرق بين هذه المسألة وبين مسألة المشيئة، وهو الصحيح. ووجه ذلك أن قولها: شئت واحدة إذا سكتت عقيبها [لم يصلح](1) جواباً لتفويض الزوج إليها، ألا ترى أنه لم يقع بها شيء، فجعل ذلك منها إعراضاً عما فوض إليها الزوج، فبطل التفويض أصلاً. أما قول الزوج: طلقت واحدة، في مسألتنا [صلح](2) جواباً لبعض ما طلبت منه، ولهذا وقع تطليقة بثلث الألف، فلم يكن ذلك من الزوج إعراضاً عما طلبت منه، فبقي طلب الثانية والثالثة على حاله، فصحت الثانية والثالثة إذا كان المجلس واحداً.

وفي قولها: طلقني ثلاثاً على ألف درهم، إذا طلقها [ثلاثاً متفرقاً إن طلقها](3) في مجلس واحد، فالمسألة على قولهما على القياس والاستحسان كما في حرف الباء. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يقع ثلاث تطليقات قياساً واستحساناً؛ لأن عنده في هذه الصورة تقع

(1) هكذا في ب و ف، وكان في الأصل: لم يصح
(2) هكذا في ف و ب، وكان في الأصل: صح
(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ف و ب

الأولى بالثانية رجعيتان، فتقع الثالثة وهي منكوحة، فيستوجب عليها ألف درهم عنده وفي الثالثة قياساً واستحساناً، بخلاف حرف الباء؛ لأن هناك يقع الأولى بثلث الألف فتبين منه، فأما إذا طلقها ثلاثاً متفرقاً في مجالس مختلفة، فعلى قولهما يجب ثلث الألف كما في حرف الباء][1]. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجب عليها شيء، وهذا لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى وإن عمل كلمة «على» للشرط في هذه الصورة، حتى لم يقل بوجوب شيء من الألف بدون إيقاع الطلاق الثلاث، إلا أن معنى المعاوضة فيه ظاهر على ما مر، فيجب اعتباره، فاعتبرناه في اشتراط اتحاد المجلس لصحة العقد الإيجاب والقبول. والجواب في قولها: طلقني ثلاثاً على أن لك علي ألف درهم، نظير الجواب في قولها: طلقني ثلاثاً على ألف درهم. وإذا طلقها واحدة على مال وقبلت، ثم طلقها أخرى على مال وقبلت، تقع عليه أخرى بغير شيء؛ لأنها لا تملك نفسها من جهة الزوج بهذا الطلاق، فلا يلزمها المال.

٥١١٠- ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق عشراً بمائة دينار، فقبلت فهي طالق ثلاث بمائة دينار. وعنه أيضاً في رجل قالت له امرأته: طلقني سبعين تطليقة بمائة دينار، فقال: طلقتك، فهي طالق ثلاثاً بمائة دينار. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في امرأة قالت لزوجها: طلقني أربعاً بألف درهم، فطلقها ثلاثاً، قال: هي طالق بألف درهم، ولو طلقها واحدة، فهي واحدة بثلث الألف.

٥١١١- وفي «الأصل»[2]: في امرأة قد كان زوجها طلقها اثنتين، فقالت لزوجها: طلقني ثلاثاً على أن لك ألف درهم، فطلقها واحدة، لزمها الألف كلها، والأصل في هذه المسائل وأجناسها: أنها إذا التزمت المال بمقابلة طلاق يقع، وبمقابلة طلاق لا يقع يجعل الكل بمقابلة طلاق يقع كما لو قالت له: طلقني وهذا الحمار بألف درهم، فطلقها فإنه يجب عليها جميع الألف.

٥١١٢- وفي «القدوري»: إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني واحدة بألف، فقال لها: أنت طالق ثلاثاً، ولم يقل: بألف، وقع الثلاث مجاناً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: يجب جميع الألف، وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الثلاث[3]

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ح وب وف.

(2) وفي م: وفي الأصل: في امرأة قد كان طلقها زوجها بألف درهم، فطلقها واحدة، لزمها الألف كلها.

(3) وفي م: الطلاق.

لا يصلح جوابًا للواحدة، فكان مبتدئًا بالإيقاع، وعندهما الزوج أتى بما سألته، فيلزمها ما التزمت من الألف. ولو قالت: طلّقني واحدة بألف، فقال الزوج: أنت طالق ثلاثًا بألف درهم، توقف على قبولها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فإن قبلت جاز وإلا بطل. وعندهما يقع الثلاث، واحدة بألف والثنتان بغير شيء، بناء على الأصل الذي تقدّم.

وحكى أبو الحسن عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، أنه رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذه المسألة، ووجه الرجوع: أنّ الزوج جعل الألف بمقابلة ثلاث تطليقات، وهذا غير ما سألته، بخلاف المسألة المتقدّمة.

٥١١٣ - وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قالت المرأة لزوجها: طلّقني واحدة بألف، فقال لها: أنت طالق ثلاثًا بألف، فإن قبلت فهي ثلاث بألف، وإلا لم يقع شيء. وقال الحاكم أبو الفضل: وكان محمد رحمه الله تعالى أولا يقول في هذه الصورة: إنه يقع واحدة بثلث الألف وإن لم تقبل المرأة، ولا يقع الثنتان إلا إذا قبلت، فإذا قبلت وقعتا بغير شيء، وكان يقول: هذه بمنزلة رجل قالت له امرأة: طلّقني واحدة بألف ففعل، ثم قال لها: أنت طالق ثنتين بألف، فلا يقعان حتى تقبل، وإذا قبلت وقعتا بغير شيء، ثم رجع وقال: إن قبلت المرأة ما قال الزوج؛ وقع الثلاث بألف درهم، وإن لم تقبل لا يقع شيء، كما هو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وبهذه الجملة يثبت رجوع محمد رحمه الله تعالى إلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذه المسألة أيضًا.

٥١١٤ - وفيه أيضًا: الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، إذا قال لامرأته: أنت طالق على ألف درهم إن دخلت الدار، فالقبول[1] إليها بعد دخول الدار، ويقبل ساعة تدخل.

٥١١٥ - وروى بشر عن أبي يوسف: إذا قال الرجل لامرأة[2] لا يملكها: أنت طالق على مائة درهم، إن تزوّجتك يومًا من الدهر، فقالت: قد قبلت، ثم تزوّجها، إن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق، ولا يلزمها المال. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الطلاق واقع، والمال لازم، ولو أنها قالت حين تزوّجتها: قبلت الطلاق الذي جعلته إليّ بمائة درهم، لزمها الطلاق والمال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ولا أحفظ في هذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والذي

(١) وفي «ب»: القول.

(٢) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

صح رجوعها، إذ الإيجاب من جانبها غير لازم؛ لأن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة، والرجوع في المعاوضات قبل قبول الآخر صحيح. وعلى هذا لو كان الزوج قال لها في هذه الصورة: طلّقتك بالجعلين، يتوقف على قبولها؛ لأنه ابتداء إيجاب في حقها، وليس بجواب، بخلاف جانب الزوج؛ لأن الطلاق على مال في جانب الزوج تعليق، والتعليق يقع لازمًا على وجه لا يصح الرجوع عنه، فبقي الإيجاب الأول وصح الإيجاب الثاني، فأي ذلك اختارت فقد اختارت إيجابًا قائمًا فصح. وعلى هذه الرواية إذا قال لها: طلّقتك بالمالين، يتوقف على قبولها؛ لأن هذا ابتداء الإيجاب في حقها على ما مرّ.

٥٦٢١- وفي "الزيادات": إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثًا على ألف أو بألف، فقالت: قد قبلتُ الواحدة، لا يقع شيء؛ لأنه لو وقع واحدة، وقع بثلث الألف أو بغير شيء، والزوج ما رضي بالوقوع بغير شيء، ولا بثلث الألف؛ وهذا لأنه لو وقع واحدة بثلث الألف وقع بائنًا والزوج ما رضي بالبينونة بثلث الألف. وكذلك لو قالت: قبلت الواحدة بألف لا يقع شيء؛ لأن الزوج ما أوجبها كذلك. وذكر في وكالة الأصل أن من وكل[1] رجلا أن يطلق امرأته ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة بألف جاز. والفرق أن تصرف الوكيل نفاذه وبطلانه يعتمد الموافقة والمخالفة، والوكيل بهذا لا يصير مخالفًا؛ لأنه خلاف إلى خير، والخلاف إلى خير لا يعد خلافًا، أما تصرف الزوج مع المرأة، صحته ونفاذه يعتمد المطابقة[2] من الإيجاب والقبول صورة ومعنى، ولم يوجد ذلك ههنا.

٥٦٢٢- إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة بألف درهم، فقالت: قبلت نصف هذه التطليقة، طلقت واحدة بألف بلا خلاف. ولو قالت: قبلت نصفها بخمسمائة، كان باطلا؛ لأن قبول نصفها بخمسمائة، كقبول كلها بخمسمائة وذلك باطل؛ لأن الزوج لم يرضَ به. ولو قالت المرأة لزوجها: طلّقني واحدة بألف درهم، فقال الزوج: أنت طالق نصف تطليقة بألف درهم، فهي طالق واحدة بألف درهم، ولو قال: أنت طالق نصف تطليقة بخمسمائة، طلقت واحدة بخمسمائة؛ لأن إيقاع النصف إيقاع الكل بخمسمائة، وذلك من الزوج صحيح؛ لأن المرأة التمست تطليقة بألف درهم، فتكون راضية بخمسمائة من طريق الأولى.

٥٦٢٣- إذا قال لامرأته وقد دخل بها: أنت طالق الساعة واحدة، على أنك طالق غدًا أخرى بألف درهم، فقبلت ذلك وقعت واحدة للحال بنصف الألف؛ لأن تقدير هذه المسألة:

---

(١) وفي "ظ": وكل.

(٢) وفي "ظ": على المطابقة.

٥١٢٦- ولو قال لها: أنت طالق اليوم تطليقة بغير شيء على أنك طالق غداً أخرى بألف درهم، وقع في الحال تطليقة رجعية؛ لأنه قرن بالأولى ما ينافي كون البدل بمقابلته وهو قوله: بغير شيء، فصار كل الألف بمقابلة الطلقة الثانية، فإذا جاء الغد يقع تطليقة أخرى بألف درهم؛ لأن الملك يزول بها لكون الأولى رجعية.

٥١٢٧- ولو قال لها: أنت طالق واحدة، وأنت طالق أخرى بألف درهم فقبلت، وقعت التطليقتان بألف وانصرف البدل إليهما. وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم واحدة وغداً أخرى بألف درهم فقبلت، وقعت في اليوم واحدة بنصف الألف. وغداً أخرى بنصف الألف إن تخلل التزوج [لأن البدل][1] انصرف إليهما.

٥١٢٨- ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة، وغداً [أخرى][2] أملك الرجعة بألف درهم، أو قال: أنت طالق الساعة واحدة بائنة، وغداً أخرى بائنة بألف درهم، أو قال: أنت طالق الساعة واحدة بغير شيء، فالبدل ينصرف إليهما، ويكون كل تطليقة بنصف الألف، فيقع واحدة في الحال بنصف الألف، وغداً أخرى مجاناً، إلا أن يتزوجها قبل مجيء الغد، ثم جاء الغد، فحينئذٍ يقع الأخرى بنصف الألف.

وإنما انصرف البدل إليهما في هذه الصورة؛ لأنه قرن بكل تطليقة وصفاً ينافي البدل، والأصل في كل طلاقين عطف أحدهما على الأخرى، وقرن بكل واحدة منهما ما ينافي البدل [أو قرن بالطلقة الثانية ما ينافي البدل][3] فالبدل ينصرف إليهما؛ لأنه لا بد من إلغاء أحدهما، إما الوصف المنافي وإما البدل، وإلغاء المنافي أولى؛ لأنه ذكر المنافي أولاً، وذكر البدل آخراً، والمذكور آخراً يكون ناسخاً للأول.

٥١٢٩- ولو قال لها: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة، أو قال: [بائنة، أو قال:][4] بغير شيء، وغداً أخرى بألف درهم، فالبدل ينصرف إلى الطلقة الثانية. ولو قال لها: أنت طالق اليوم واحدة، وغداً أخرى أملك الرجعة بألف، ينصرف البدل إليهما؛ لأنه قرن بالطلقة الثانية ما ينافي وجوب البدل بها، وفي مثل هذا ينصرف البدل[5] إلى الطلقتين،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.
(٢) أثبت من ب.
(٣) أثبت من ب و م.
(٤) أثبت من حـ و م.
(٥) وفي ب و م: الغرض يكون البدل.

وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

٥١٣٠ - وفي «المنتقى»: بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل[1] قال لآخر: طلّق امرأتك ثلاثة واحدة بألف ألف درهم، ففعل، وقع الطلاق المحدث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بغير مال. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يقع شيء حتى تقبل المرأة، فإن قامت عن المجلس الذي يبلغها فيه الخبر قبل أن تقبل بطل الطلاق. وذكر ابن سماعة أيضاً: رجل قال لزوج ابنته الصغيرة: طلّقها وأنت بألف درهم، فقال: نعم [فعلت][2]، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: هي طالق الساعة واحدة بغير شيء. وقال أبو يوسف: لا يقع الطلاق ما لم تقبل الصغيرة، وإذا قبلت وقع الطلاق، والمختار هو الثاني.

٥١٣١ - وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً: رجل جعل لرجل ألف درهم على طلاق امرأته ففعل وطلّق، فالطلاق بائن، والذي جعل الألف ضامن للألف، وهي عليه للزوج. ولو كان له دين على الزوج فقال: أنت بريء على أن تطلق امرأتك، فقبل وفعل، فالطلاق جائز وهو بريء من المال. قال: ولو كانت هاتان المسألتان في العتاق فالعتق جائز، والبراءة من الدين جائزة، والجعل الذي جعل له باطل؛ لأنه لو لزمه لزمه بغير عوض، لأن العتاق من المولى، والولاء يكون له، والمال لا يجب على الإنسان إلا من جهة عوض، لأن العتاق يقتضيه الأصل بخلاف البراءة؛ لأن البراءة تجوز بغير عوض.

٥١٣٢ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا أمر الرجل رجلاً أن يطلق امرأتيه بألف درهم، فطلق إحداهما بألف أو بأقل، إلا أنه إذا قسم الألف على مهريهما كان ذلك حصتها، كان ذلك جائزاً. وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل [للغير]: طلق امرأتي إن شئت، أو قال: إن رأيت، أو قال: على ما شئت، أو على ما رأيت، فهو على المجلس وغيره، قال: لأن المشيئة في الجعل وليست في الطلاق.

٥١٣٣ - وفي «الأصل»: إذا قال [الرجل][3] لامرأته: طلقتك أمس بألف درهم فلم تقبلي، وقالت المرأة: لا، بل قبلت، فالقول قول الزوج. فرق بين هذا وبينما إذا قال لغيره: بعت أمس كذا بكذا فلم تقبل، وقال الآخر: لا، بل قبلت، فالقول قول المشتري. وكذا إذا قال لغيره: أجرت منك أمس كذا بكذا فلم تقبل، وقال الآخر: لا، بل قبلت، فالقول قول

(١) في ب: ... رجل قال.

(٢) سقط من النسخ التي استعنا بها، وكان في الأصل: فعلت.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والنسخ وهو موجود.

المستأجر . والفرق أنّ البيع معاوضة ، والمعاوضة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول ، فإذا أقرّ بالبيع ولا تمام له إلا بالقبول ، صار مقراً بالقبول [دلالة ، راجعاً عنه بقوله : فلم تقبل ذلك . وأما الطلاق على مال كما هو معاوضة ، فهو تعليق أيضاً ، والمعاوضة إن كان لا يتم إلا بالقبول] [1] فالتعليق يتم بالقبول [2] ، فبإقراره بالطلاق على المال إن صار مقراً بالقبول من حيث إنه تعليق ، فلا يثبت الإقرار بالقبول بالشك ، بقيت المرأة مدّعية والزوج منكر دعواها ، ويكون القول قول الزوج . وعلى هذا إذا قال لها : قد كنت بعتك طلاقك أمس بألف درهم ، فلم تقبلي ، وقالت المرأة : لا ، بل قبلت ، فالقول قولها .

٥١٣٤- ولو [قال :] [3] طلقتها ثلاثاً بألف درهم ، فقالت المرأة : هذا منك إقرار بتعليق ماض ، وقد كنت قبلته منك . وقال الزوج : كان هذا مني إقراراً مستقبلاً حتى تكلمت ، فلم تقبلي ، فالقول قول الزوج . وإن أقاما بينة أخذت ببيّنة المرأة ، ذكره في « المنتقى » .

٥١٣٥- وفي « البقالي » : أنت طالق غداً على عبدك هذا ، فقبلت وباعت العبد ، ثم جاء الغد يقع الطلاق ، وعليها قيمة العبد ، ولو طلّقها ثلاثاً في يومه ، ثم جاء الغد ، فلا شيء له .

٥١٣٦- وفيه أيضاً : إذا قال لها : أنت طالق بعد غد على ألف درهم ، وغداً على ألف درهم ، واليوم على ألف فقبلت ، طلقت اليوم بألف ، والباقي بغير شيء ، هكذا ذكر . وعلى قياس ما تقدّم إذا تزوّجها قبل مجيء الغد ، ثم جاء الغد يقع طلاق آخر بألف ، وإذا تزوّجها في الغد ثم جاء بعد الغد ، يقع طلاق آخر بألف .

٥١٣٧- وفيه أيضاً : إذا قال لامرأتيه : إحداكما طالق بألف درهم والأخرى بمائة درهم ، فقبلتا طلقتا بغير شيء . وفيه أيضاً : روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في العتاق : إذا قال لامرأتيه : إحداكما طالق بألف درهم ، فقبلتا ومات ، فعلى كل واحدة منهما خمسمائة ، وبانتا ولا ميراث .

٥١٣٨- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق حكمك من الجعل ، فقبلت ثم حكمت مالاً ، فلم يرض به الزوج ، فإن كان ما حكمت مثل مهرها الذي أخذت أو أكثر من ذلك ، لم يكن للزوج إلا ذلك ، فإن كان أقل ، له مهرها

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب .

(٢) وفي « ب » و « م » : بدون القبول .

(٣) هكذا في « ب » و « م » ، وكان في الأصل و « ظ » : ولو طلقها .

الذي أخذت، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وعلى هذا إذا قالت المرأة لزوجها: اجعلني طالقا على أن حكمك من الجعل. فطلقها على ذلك، ثم حكم بعد ذلك لم ترضه، فإن حكم بمهرها أو أقل لزمها ذلك، وما لا فلا. وإذا طلق امرأته على أن يفعل كذا وقبلت، لزمها الطلاق على الفعل [كذا][١] ثم ينظر إلى الفعل، فإن كان جعلا فهو على ما شرطت له، وإن كان غير جعل فقد مضى الطلاق.

٥١٣٩ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا طلق امرأته على أن تهب عنه لفلان ألف درهم أجبرت على هبة الألف، والزوج هو الواهب، وإن لم يقل: عنه، لا تجبر على الهبة، وعليها أن ترد المهر، والطلاق بائن. وإن وهبت، فالطلاق بائن، والهبة عنها، ولا شيء عليها غير الهبة التي وهبت، ولا رجوع في هذه الهبة لأحد.

٥١٤٠ - وعن محمد: في امرأة قالت لزوجها: طلقني على أن أهب مهري من ولدك فلان، فأبت أن تهبه، فالطلاق رجعي، ولا شيء عليها.

٥١٤١ - أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا أبرأت المرأة زوجها عما لها عليه على أن يطلقها، فطلقها، جاز ذلك، وجازت البراءة، وكان الطلاق بائنا. وكذلك لو جعلت له مالا على ذلك. ولو قالت لزوجها: طلقني على أن أؤخر ما لي عليك، فطلقها على ذلك، فإن كان للتأخير غاية معلومة صح التأخير، وإن لم يكن له غاية لا يصح التأخير، والطلاق رجعي على كل حال. وكذلك لو طلقها على أن تبرئه من كفالة نفس فلان، فالطلاق رجعي. ولو طلقها على أن تبرئه عن الألف التي كفل بها لها عن فلان، فالطلاق بائن. والله أعلم.

(١) هكذا في م.

البداءة من جانب الزوج، فقامت عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب، وإن كانت البداءة من جانب المرأة بأن قالت له: اخلعني على كذا، صح رجوعها قبل قبوله. ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه، ولا يتوقف حال غيبة الزوج.

٤١٤٥ - ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا إضافة إلى وقت، وقد مرّ الفرق من الجانبين قبل هذا، ويبين أيضاً هنا. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا خالعها وشرط المرأة لنفسها خياراً جاز. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز. ولو شرط الزوج الخيار لنفسه لا يجوز إجماعاً، فهما قاسا جانب المرأة بجانب الزوج، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يفرق بينهما لما قلنا: إن الخلع من جانب الزوج يمين، واليمين غير قابلة للخيار [ومن جانب المرأة معاوضة، والمعاوضة قابلة للخيار][٢].

٤١٤٦ - وإذا قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها فقد بعت طلاقها منك بكذا، ثم تزوج امرأة فالقبول إليها بعد التزوج، فإن قالت بعد التزوج: قبلت، أو قالت: اشتريت طلاقها، أو طلقتها، يقع الطلاق عليها، وإن قالت قبل التزوج: قبلت، فهذا ليس بشيء؛ لأن هذا الكلام من الزوج خلع بعد التزوج، فإنما يشترط القبول بعده -والله أعلم-.

نوع آخر:

٤١٤٧ - ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أن صورة الخلع بالفارسية: أن تقول المرأة لزوجها: خويشتن از تو بهر كابين كه مرا است، وبهر نفقه[٣] عدت كه واجب شود مرا بر تو به طلاق، خريدم بيك طلاق. فيقول الزوج: فروختم ترا از خويشتن بدين هر دو.

٤١٤٨ - وإذا أمر الرجل امرأته بالخلع، فهو على أربعة أوجه: إما أن يقول: اخلعي نفسك بكذا من المال، يسمي مالاً مقدراً معلوماً مثلاً بألف درهم. أو يقول: اخلعي نفسك بمال، ولم يسمه ولم يقدره. أو يقول: اخلعي نفسك بغير شيء. أو يقول: اخلعي نفسك، ولم يزد على ذلك.

٤١٤٩ - ففي الوجه الأول وهو ما إذا قال: اخلعي نفسك بألف درهم، فقالت المرأة:

---

(١) وفي النسخ التي عندنا: ويبين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ف و ب و م.

(٣) وفي م: حرمت عدت.

خلعت نفسي بذلك، ولم يقل الزوج بعد ذلك: [خلعت](1)، هل يتم الخلع؟ فيه روايتان عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، والمختار أنه يتم، بناء على أن الواحد هل يتولى طرفي الخلع إذا كان البدل مقدراً معلوماً؟ ففي رواية يتولى وهو المختار، وتصير المرأة وكيله من جانب الزوج؛ لأنه يمكنها الامتثال بما أمرت، وحقوق العقد لا ترجع عليها حتى يقال: يؤدي إلى التضاد في حق الأحكام.

٥١٥٠ - وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بمال، ولم يقدر المال فقالت: خلعت نفسي على كذا، ففي ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله تعالى لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج بعد ذلك: خلعت، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أنه يتم الخلع وإن لم يقل الزوج بعد ذلك: خلعت، وكثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى أخذوا برواية ابن سماعة.

ووجه ظاهر الرواية أنه لا بد من تسميته في الخلع؛ لأن المال بدون التسمية لا يجب في الخلع، وإذا لم يكن البدل مقدراً لا تدري هي أي قدر تسمي، فعجزت عن الامتثال، فلا يصح الأمر، ولا تصير وكيلة من جهة الزوج، فلا يتم الخلع بمجرد قولها: اختلعت. وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بغير مال، فقالت: خلعت، يتم الخلع بقولها؛ لأن الخلع بغير مال والطلاق البائن سواء، فكأنه قال لها: طلّقي نفسك تطليقة بائنة، فقالت: طلقت.

٥١٥١ - وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك ولم يزد على هذا، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: أنه يتم الخلع بقول المرأة: اختلعت؛ للمعنى الذي ذكرنا في قوله: اخلعي نفسك بغير مال. وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله تعالى أنه كان يقول: روي عن محمد رحمه الله تعالى أن هذا بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بمال، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن هذا بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بغير شيء.

٥١٥٢ - وإذا سألت المرأة من زوجها أن يخلعها، فهذا على أربعة أوجه أيضاً: أما إن قالت له: اخلعني على كذا، وسمت له ألف درهم مثلاً، وفي هذا الوجه إذا خلعها على ذلك، فالخلع يتم بقول الزوج، ولا يحتاج إلى قول المرأة: [اختلعت أو](2) قبلت في رواية، وهو المختار، ويصير الزوج وكيلاً عن المرأة بالاختلاع.

٥١٥٣ - وعلى هذا: إذا وكّل الرجل رجلاً أن يخلع امرأته على ألف درهم، ووكّلت امرأة ذلك الرجل أن يختلعها من زوجها على ألف درهم، فقال الوكيل: اختلعت فلانة من

---

(1) هكذا في ب و م، وكان في الأصل و ظ: خلعت.

(2) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

زوجتك طلاق بألف درهم ، يتم الخلع بقوله في رواية ، وهو المختار .

٥١٥٤ - وأما إذا قالت : اخلعني على مال ، ولم تسمه ولم تقدره ، فقال الزوج : خلعتك على كذا ، وفي هذا الوجه لا يتم الخلع بقول الزوج : خلعت ، ما لم تقل المرأة : قبلت أو اختلعت ، في ظاهر رواية[1] أصحابنا رحمهم الله تعالى ، وعلى رواية ابن سماعة يتم ، ومعنى قولنا : إنه لا يتم الخلع في ظاهر الرواية أنه لا يجب عليها بدل الخلع ، وهل يقع الطلاق؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، بعضهم قالوا : يقع ، وبه كان يفتي القاضي الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى ، وبعضهم قالوا : لا يقع ، وهو الأظهر والأشبه .

٥١٥٥ - وأما إن قالت : اخلعني بغير مال ، ففي هذا الوجه إذا قال الزوج : خلعت ، يقع الطلاق ؛ لأن تقدير المسألة كأن المرأة قالت : طلقني طلاقا بائنا ، فقال الزوج : طلقت .

٥١٥٦ - وأما إن قالت : اخلعني ، ولم تزد على هذا ، وفي هذا الوجه ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى : أنه يقع الطلاق بقول الزوج : خلعت ، وعلى قياس ما حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى فيما إذا أمر الزوج المرأة بالخلع ، يجب أن يكون في المسألة روايتان . وإذا قال لها : خويشتن از من بخر ، فقالت : خريدم ، ولم يقل الزوج : فروختم ، لا تطلق ، وهذا بخلاف ما لو قال لها : اخلعي نفسك مني ، فقالت : اختلعت ، ولم يقل الزوج : قبلت .

٥١٥٧ - وكذلك لو قال لها بالعربية : اشتري نفسك مني ، فقالت : اشتريت ، ولم يقل الزوج : بعت ، لا يقع الطلاق ، بخلاف قوله : اخلعي ، هكذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله تعالى . والفرق أن قوله : اخلعي نفسك ، أمر بالطلاق بلفظ الخلع ، والزوج يملك بدون أمرها ذلك ببدل أو بغير بدل ، فيصح الأمر وإن لم يكن البدل مذكورا . أما قوله : خويشتن بخر واشتري نفسك ، أمر بالمعاوضة ، والأمر بالمعاوضة لا يصح إذا لم يكن البدل مقدرا معلوما . وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى بخلاف ما ذكره الصدر الشهيد في قوله : اشتري نفسك مني ، على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .

٥١٥٨ - ولو قال : خويشتن بخر بكذا ، وذكر بدلا مقدرا ، أو قال بالعربية : اشتري نفسك بكذا ، فقالت : خريدم ، أو قالت : اشتريت ، ولم يقل الزوج : بعت أو فروختم ، يتم الخلع في رواية وهو المختار على ما بينا ، وكذا في هذه الصورة . ولو قال الزوج : بعني

(١) في ب : في ظاهر رواية عن أصحابنا

فروختم، بعد قول المرأة : خريدم، يتم الخلع على الرواية المختارة، وعن هذا قيل . إذا قال لها : خويشتن بخر از من بكابين ونفقة عدت، فقالت : خريدم، فقال الزوج : من بكي طلاق دادم، يقع عليها طلاقان : أحدهما بالخلع، والثاني بالتطليق.

٥١٥٩ - وأما إذا قال لها : خويشتن بخر بچيزي از من، أو قال : بخداى ذكر بدلا مجهولا، فقالت . خريدم على كذا، لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج : فروختم، ولا يقع الطلاق أيضًا، وهذا يجب أن يكون على ظاهر الرواية.

٥١٦٠ - وأما إذا قال لها : خويشتن بخر بغير شيء، أو قال : اشتري نفسك مني بغير شيء، لم يذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى هذا الفصل في واقعاته ، ورأيت مكتوبًا بخط الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى عقيب ذكر مسألة أمر الزوج المرأة بالخلع، عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد ابن الفضل رحمه الله تعالى : وكذلك لو تلفظا بلفظ البيع والشراء في الفصول كلها فهو على ما وصفنا، فهذا إشارة إلى أن في هذا الأصل يقع الطلاق بقولها : خريدم، كما في قوله : اخلعي نفسك بغير شيء، وأشار إلى أن في قوله : اشتري نفسك مني روايتين، كما في قوله : اخلعي نفسك.

٥١٦١ - وإذا قال لها : خويشتن خريدى از من بمهرك ونفقة عدتك، فقالت : خريدم، ولم يقل الزوج : فروختم، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : يتم الخلع، وقال بعضهم : لا يتم، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : يسأل الزوج أنه أراد بقوله : خريدى، التحقيق أو السوم؟ إن قال : أردت السوم، لا يتم به الخلع، وإن قال : أردت به التحقيق يتم. وعن الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى ما هو قريب من هذا، فإنه قال : لا يتم الخلع إلا إذا أراد بقوله : خريدى التحقيق. وحكي عن شمس الإسلام الأوزجندي عن شمس الأئمة السرخسي رحمهما الله تعالى، أنه كان يقول : يتم الخلع وإن لم يقل الزوج : فروختم، وقد رأيت في فتاواه هكذا.

٥١٦٢ - وصورة ما رأيت في فتاواه، إذا قال لها : خويشتن از من بهمه حقها خريدى، أو قال : بچندين درم خريدى، فقال : خريدم، ولم يقل الزوج : فروختم [أن الخلع تام. ولو قال : خريدى، ولم يقل : بهمه حقها، ولا قال : بچندين درهم، فقالت : خريدم، لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج : فروختم][1] والمعنى في ذلك، أن تقدير كلامه : خويشتن خريدى كه من فروختم.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

خويشتن خريدم از تو"[1].

٥١٦٨- وإذا قالت المرأة: اختلعت بمهري ونفقة عدتي، ولم تقل: منك، فقال الزوج: خلعت، ولم يقل: خلعتك، لا يكون هذا خلعاً صحيحاً. وكذا إذا قالت بالفارسية: خويشتن خريدم، فقال الزوج: فروختم لا يكون خلعاً صحيحاً. ولو قال: فروختم فهو خلع صحيح، هكذا ذكر في "مجموع النوازل" عن شيخ الإسلام السغدي. قال: لأنه لا بد من ذكر الإضافة من أحد الزوجين، وقاسه على ما إذا قال لها: اختاري، فقالت: اخترت، لا يقع شيء، ولو قال: اختاري، فقالت: اخترت نفسي، أو قال: اختاري نفسك، فقالت: اخترت وقع الطلاق.

٥١٦٩- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": إذا جرت مقدمات الخلع بين الزوجين، فقالت المرأة بعد ذلك: خويشتن خريدم بعدت وكابين، وقال الزوج: فروختم يصح، وإن لم يقل: منك، وعلى هذا النكاح والبيع. وحكي عن نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى أنه قال: اتفق المشايخ رحمهم الله تعالى في زماننا أن الخلع صحيح بغير الإضافة إلى أحدهما لكثرة الاستعمال من العامة[2]، وعلمهم[3] هذا خلعاً صحيحاً، فصار بمنزلة قولهم: هرچه بدست راست گيرم بر من حرام، وبمنزلة البيع والشراء إذا قال البائع: بعت هذا، وقال المشتري: اشتريت هذا، فإن هناك يتم البيع، كذا هنا.

٥١٧٠- وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قالت المرأة لزوجها: خلعت نفسي منك بألف درهم، قالت ذلك ثلاث مرات، فقال الزوج: قد رضيت وأجزت، كان ذلك ثلاثاً بثلاثة آلاف درهم، ولو قال الزوج للمرأة: خلعتك على مالك [علي][4] من المهر، قال ذلك ثلاث مرات ولم يسم شيئاً، فقالت المرأة: قد رضيت، فثلاثاً؛ قال: لأنه لم يقع شيء إلا بقبولها.

٥١٧١- وفيه أيضاً: إذا قال الرجل لامرأته: خلعتك، فقالت: قد فعلت، فهذا باطل، حتى يقول الزوج: قبلت، قال ثمة: والخلع في هذا من جانب الزوج لا يشبه التزويج، يريد به أن الرجل إذا قال لامرأة: أتزوجك على مائة درهم، فقالت: فعلت، فإنه ينعقد النكاح

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في النسخ الثلاثة التي عندنا، وكان في الأصل: العادة.

(٣) وفي م: علمهم.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بينهما، وإن لم يقل الزوج بعد ذلك : قبلت.

٥١٧٢- في نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : امرأة قالت لزوجها : اخلعني، فقال : قد خلعتك بألف درهم، لم يقع الخلع حتى تقبل المرأة. قال ثمة : والنكاح والخلع سواء إلا في قول الرجل لامرأة : زوجيني نفسك، فقالت : زوجتك نفسي، ولم يذكرا مالا فهذا يجوز في النكاح، ولا يجوز في الخلع؛ لأن النكاح يجوز بلا تسمية مال بخلاف الخلع.

٥١٧٣- إذا قالت : خويشتن خريدم بكابين ونفقة عدتي، فقال الزوج : بفروختم، فقد قيل : لا يقع الخلع؛ لأن كلام الزوج لا يصلح جوابًا لكلامها، فكان ابتداء.

٥١٧٤- رجل قال لامرأته : من خويشتن از تو بخريدم بكابين، ونوى الطلاق، وقالت المرأة : فروختم، فقد قيل : صح الخلع، كمن قال لامرأته : أنا منك بائن، ونوى الطلاق فإن هناك تطلق المرأة، وأكثر المشايخ رحمهم الله تعالى على أنه لا يصح الخلع؛ لأنه ليس للزوج مهر ولا نفقة، حتى يصح قوله : خريدم بكابين، وهو نظير ما لو قال لعبده : خويشتن از تو خريدم، وقال العبد : فروختم، فإنه يعتق العبد، هكذا قالوا. والمعنى الصحيح لمن يقول بعدم الصحة : أنه أضاف الشراء إلى غير محله؛ لأن الشرى لإثبات الملك، وإنما يصح إضافته إلى محل لا ملك للمشتري فيه، والزوج مالك نفسه، فكيف يصح منه شراء نفسه؟

نوع آخر منه:

٥١٧٥- إذا قال لها : خالعتك، ولم يذكر المال أصلا، فقالت : قبلت، لا يسقط شيء من المهر، هذا جواب ظاهر الرواية. وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" رحمه الله تعالى في أول إقرار الكافي إذا قال لها : خالعتك، فقالت : قبلت يقع الطلاق، وتقع البراءة للزوج عن المهر إن كان عليه مهر، وإن لم يكن عليه مهر يجب عليها رد ما ساق إليها من المهر؛ لأن المال مذكور عرفًا بذكر الخلع.

٥١٧٦- وإن قالت بالفارسية : خويشتن خريدم از تو، وقال الزوج : فروختم، يقع تطليقة بائنة، ولا ترد ما قبضت من المهر. وإن لم تقبض برئ الزوج عن المهر؛ لأن الخلع يوجب البراءة، هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته. ورأيت في بعض الكتب أن في براءة الزوج عن المهر إذا لم يذكر في الخلع شيئًا روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله

على عشر مهرها مثلا، والمهر مقبوض وذلك ألف، والمرأة مدخول بها، فالزوج يرجع عليها من المهر بمائة بدل الخلع، والباقي سالم لها. وإن كان غير مقبوض سقط عن الزوج عشر المهر بدل الخلع بلا خلاف، ويسقط النصف الباقي بسبب الخلع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن الخلع عنده يوجب براءة كل واحد منهما عن صاحبه عن حقوق النكاح، سمى ذلك في الخلع أو لم يسم، وعندهما لا يسقط التسعمائة الباقية؛ لأن عندهما لا يسقط بالخلع إلا ما سمياه.

٥١٨١ - وإذا لم يكن الزوج دخل بها، والمهر مقبوض، فالقياس أن يرجع الزوج عليها بستمائة، خمسمائة بالطلاق قبل الدخول بها، ومائة بدل الخلع، وفي الاستحسان: يرجع عليها بخمسين درهمًا؛ لأنه أضاف الخلع إلى عشر مهرها، وبالطلاق قبل الدخول تبين أن مهرها خمسمائة، وإذا عشر مهرها خمسون فكأنه خالعها على خمسين.

٥١٨٢ - وإن كان المهر غير مقبوض، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على جواب الاستحسان: لا ترجع المرأة على الزوج بشيء، وعلى قولهما على جواب الاستحسان: يسقط عن الزوج خمسون درهمًا بسبب الخلع، وترجع عليه بأربعمائة وخمسين، بناء على الأصل الذي مر، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

٥١٨٣ - هذا إذا خالعها على جميع مهرها أو على بعض مهرها، وإن بارأها على جميع مهرها أو على بعض مهرها، فعند محمد رحمه الله تعالى الجواب فيه كالجواب في الخلع، لا يسقط إلا ما سمياه، وعندهما الجواب فيه كالجواب في الخلع على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ حتى يبرأ كل واحد منهما عن صاحبه عن جميع حقوق النكاح.

٥١٨٤ - وأما إذا خالعها على مال مسمى معروف سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض، فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا يتبع أحدهما صاحبه بعد الطلاق بشيء، وإن كان المهر غير مقبوض، فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما، بناء على الأصل الذي قلنا.

٥١٨٥ - وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض، فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع، ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وبهذا الفصل يتبين أن ما ذكر من جواب الاستحسان فيما إذا خالعها على مهرها والمرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض، قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

٥١٨٦ - وإن لم يكن المهر مقبوضا، يأخذ الزوج منها بدل الخلع، وهي لا ترجع على

زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما. وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر، فالجواب فيه عند محمد رحمه الله تعالى كالجواب في الخلع عنده، وعندهما الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٥١٨٧ - وأما نفقة العدة ومؤنة السكنى، إن شرط ذلك في الخلع والمبارات [يقع البراءة عنهما للزوج بلا خلاف، وإن لم يشترط ذلك في الخلع والمبارات][1]، لا تقع البراءة بالإجماع. أما على قولهما فلا يشكل، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلأن عنده الخلع إنما يوجب البراءة عن حقوق قائمة وقت الخلع، ونفقة العدة تجب شيئاً فشيئاً، والخلع لا يجتمع تثبت حتى بعده [بسبب يوجد بعده][2].

٥١٨٨ - وأما نفقة الولد فهي مؤونة الرضاع، فلا تقع البراءة عنها إذا لم يشترط ذلك في الخلع والمبارات بالإجماع. وإن شرط، إن وقت لذلك وقتاً بأن قال: إلى سنة، أو ما أشبه ذلك جاز، وإن لم يوقت ذلك لا يجوز، ولا تقع البراءة عنها.

٥١٨٩ - وأما دين آخر سوى المهر، فلا يقع البراءة عنه في الخلع والمبارات بدون الشرط في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي رواية الحسن عنه: يقع البراءة عنه بدون الشرط.

٥١٩٠ - وإذا قالت: خويشتن خريدم بمهر وحقي كه مرا بر تو هست، لا يقع البراءة عن نفقة العدة [لأن نفقة العدة][3] ليست لها عليه في الحال، وإن شرط البراءة عن السكنى في الخلع لا يصح؛ لأن السكنى في بيت العدة حق الله تعالى، وإسقاطها لا يعمل في حق الله تعالى.

٥١٩١ - وأما إذا طلقها على مال آخر سوى المهر، فالجواب فيه عندهما كالجواب في الخلع. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقد روى الحسن عنه: أن كل واحد منهما يبرأ عن حقوق النكاح، وبه أخذ الفقيه أبو بكر البلخي، وفي ظاهر الرواية عنه لا يبرأ، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله تعالى. أما إذا كان العقد بلفظ البيع بالعربية أو بالفارسية، فعلى قولهما الجواب فيه كالجواب في الخلع، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقد اختلف المشايخ فيه.

٥١٩٢ - وإذا خالعها بما لها عليه من المهر ظناً منه أن لها عليه بقية المهر، ثم علم أنه

---

(١) أثبت من ب و ف.

(٢) أثبت من ب ز ف و م.

(٣) أثبت من ب و ف.

فليست بمال عندنا، فلا يثبت لتقوم تسميتها، فوقع الخلع مجانًا أيضًا(1).

٥١٩٦- الوجه الثاني: أن يسمي في الخلع ما يحتمل أن يكون مالًا، وأن لا يكون مالًا، بأن اختلعت على ما في بيتها، أو على ما في يدها من شيء، فإن اسم الشيء كما يتناول المال، يتناول غير المال. وفي هذا الوجه ينظر: إن كان في بيتها أو في يدها [في تلك الساعة](2) شيء فذلك للزوج، وإن لم يكن في بيتها ولا في يدها شيء، فلا شيء للزوج؛ وهذا لأن المال في العقود لا يثبت إلا بالتسمية، أو بمقتضى العقد، أو بالإشارة، ولم يوجد هنا تسمية المال نصًا، وهذا ظاهر، ولا مقتضى العقد، فإن الخلع بغير المال صحيح [وكذلك لم يوجد الإشارة إلى المال](3)، فلم يثبت ذكر المال أصلًا، فلهذا يقع الخلع مجانًا. وكذلك لو اختلعت على ما في بطون غنمها، أو جواريها، ولم ينص(4) على الولد، فإن ما في البطن قد يكون مالًا، وقد لا يكون مالًا بأن يكون ريحًا.

٥١٩٧- الوجه الثالث: إذا سمت في الخلع ما هو مال، إلا أنه ليس بموجود في الحال، وإنما يوجد في الثاني، بأن اختلعت على ما يثمر نخيلها العام، أو على ما تلد أغنامها العام، أو على ما تكتسب العام. وفي هذا الوجه يجب عليها رد ما قبضت من المهر، وجد ذلك أم لا، لأن المعدوم لا يصلح ذكره عوضًا في شيء من العقود، فيبقى مجرد تسمية ما هو مال متقوم، وذلك يوجب رد ما قبضت من المهر على الزوج لما نبين بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

٥١٩٨- الوجه الرابع: إذا سمت في الخلع ما هو مال لا يتعلق وجوده بالزمان، إلا أنه مجهول لا يوقف على قدره، بأن اختلعت على ما في بيتها، وفي يدها من المتاع، أو اختلعت على ما في نخيلها من الثمار، أو اختلعت على ما في بطون غنمها من ولد، أو على ما في ضروع غنمها من لبن. وفي هذا الوجه إن كان هناك ما سمت في الخلع فللزوج ذلك، وإن لم يكن هناك شيء لزمها رد ما قبضت من المهر؛ لأنه صار مغرورًا من جهتها بتسمية ما هو مال، ولا يمكن الرجوع إلى قيمة هذه الأشياء لجهالتها في نفسها، ولا يمكن الرجوع إلى قيمة البضع؛ لأنه لا قيمة للبضع عند الخروج عن ملك الزوج، فوجب الرجوع إلى ما قام على

(١) أثبت من [illegible].
(٢) أثبت من [illegible].
(٣) أثبت من [illegible].
(٤) وفي ب: وإذا لم ينص على الولد.

الزوج وذلك ما أعطاها من المهر.

٥١٩٩ - الوجه الخامس: إذا سمت في الخلع ما هو مال وله مقدار معلوم، بأن اختلعت على ما في يديها من دراهم أو دنانير أو فلوس، فإن أقل ما ينطلق عليه اسم الدراهم ثلاثة، فكان مقداره معلومًا. وفي هذا الوجه ينظر إن كان في يدها ثلاثة دراهم فصاعدًا، فللزوج ذلك، وإن لم يكن في يدها شيء من ذلك، فله ثلاثة وزنا من الدراهم أو الدنانير، وعددًا من الفلوس. وإنما أوجبنا أقل ما ينطلق عليه اسم الدراهم أو الدنانير؛ لأنها تلتزم ذلك بمقابلة ما ليس بمال متقوم، فكان هذا في حقها قياس على الإقرار والوصية، ومن أقر لغيره بدراهم، أو أوصى له بدراهم، فإنه يلزمه ثلاثة دراهم، وإن كان في يدها درهمان يؤمر بإتمام ثلاثة دراهم؛ لأنها ذكرت ما التزمت باسم الجمع، والمثنى إن كان فيه معنى الجمع فليس بجمع مطلقًا، فإن التثنية غير الجمع.

فإن قيل: قد ذكرت في كلامها كلمة "من" وإنها للتبعيض، والدرهمان بعض الجمع، فلا يلزمها الزيادة عليها. قلنا: كلمة "من" إنما تذكر للتبعيض في كل موضع كان الكلام صحيحًا بدونها، أما في كل موضع كان الكلام مختلا بدونها، فكلمة "من" تكون صلة صحيحًا للكلام، وهذا الكلام مختل بدون كلمة "من" فإنها تصير قابلة اخلعني على ما في يدي دراهم، وهذا كلام مختل فجعلناها صلة، فبقي لفظ الجمع في الدراهم معتبرًا.

وجواب آخر: أن كلمة "من" في مسألتنا عملت مرة في التمييز؛ لأنها دخلت على ما هو عام وهو قولها: ما في يدي، فبقولها: من الدراهم، ميزت الدراهم عن غيرها، فإذا عملت في التمييز مرة لا يعمل في التبعيض مرة أخرى، وإذا لم تعمل هذه الكلمة في تبعيض الدراهم صار ذكرها في حق الدراهم، ولا ذكرها بمنزلة. ولو لم يذكر كلمة "من" وقالت: اخلعني على الدراهم التي في يدي، لزمها ثلاثة دراهم؛ لأنها أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم[1].

الوجه السادس: إذا سمت في الخلع ما هو مال، وأشارت إلى ما ليس بمال، بأن اختلعت على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر. وفي هذا الوجه إن علم الزوج بكونه خمرًا، فلا شيء له، وإن لم يعلم رجع عليها بالمهر الذي أعطاها. وهذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما له مثل ذلك الدن من الخل كما في الصداق.

---

(١) وفي "ب": ما ينطلق عليه اسم الدراهم، وفي "م": ما يطلق عليه لهذا الاسم.

نوع آخر فيما يصلح جوابًا وما لا يصلح جوابًا:

٥٢٠٠- رجل قالت له امرأته: اخلعني، أو قالت: خويشتن خريدم از تو بصداق وكابين(١)، فقال الزوج: أنت طالق، أو قال: طلقتك، يقع تطليقة بائنة؛ لأن هذا خرج مخرج الجواب، وإنه يصلح جوابًا [فيجعل جوابًا](٢) من "فتاوى أبي الليث". وفي "مجموع النوازل" عن شيخ الإسلام أبي الحسن رحمه الله تعالى: أنه يقع تطليقة رجعية، ولم يجعله جوابًا، والصحيح هو الأول، وهكذا كان يفتي شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى. وكذلك إذا قال لها: بعت منك طلاقك بمهرك الذي لك عليّ، فقالت: طلقت نفسي، يقع طلاق بائن بمهرها، بمنزلة قولها: اشتريت؛ لأن هذا يصلح جوابًا، فيجعل جوابًا.

٥٢٠١- وفي "فتاوى النسفي": إذا قالت المرأة لزوجها: خويشتن خريدم از تو بكابين ونفقة عدت، فقال الزوج: من دست كوتاه كردم، أنه لا يكون جوابًا، وقيل: ينبغي أن يكون جوابًا إذا نوى به الجواب أو نوى الطلاق. قال لها: بعت منك تطليقة بمهرك ونفقة عدتك، فقالت المرأة: بجان خريدم، يصح الخلع، يقع الطلاق؛ لأن هذا جواب على سبيل المبالغة كقولها: بآرزو خريدم.

٥٢٠٢- المتوسطون إذا قالوا للمرأة: مهر حقي كه زنان را در كردن شوى بود بيك طلاق خويشتن خريدي؟ فقالت: خريدم، فقال الزوج: من يك طلاق سنت دادم، والمرأة مدخول بها، يقع تطليقة رجعية؛ لأنه لو وقع تطليقة بائنة لا يكون سنة، فيكون هذا ابتداء كلام من الزوج لا جواب سؤالها، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند"، إلا أن هذا الجواب إنما يستقيم على رواية "الأصل"؛ لأن على رواية "الأصل" البائن ليس بسني، أما على رواية "الزيادات": البائن سني، فلا يستقيم هذا الجواب على تلك الرواية. إذا قال لامرأته: مهر حقي كه زنان را بر كردن شويان بود خويشتن از من خريدي؟ فقالت: خريدم، فقال الزوج: برو اكنون، لا يقع الطلاق؛ لأن قوله: برو اكنون يحتمل إظهار النفرة عنها بما علم بمقالتها(٣)، فلا يقع الطلاق في هذا الموضع أيضًا إلا بالنية. وهذا الجواب إنما يستقيم على قول من يقول في قوله: خويشتن [خريدي، فقالت: خريدم، أنه لا يتم الخلع، أما على قول من يقول: يتم

---

(١) وهي فرقة في الصحبة.

(٢) أثبت من ب و ف و م.

(٣) وفي ب: من مقالتها، وفي ف و م: بمقالتها.

قبلت خلعتك، إن لم يطل فهو جواب، وقيل: هو جواب وإن طال، إذا كان كلماتهم تتعلق بالخلع. وحكي عن شيخ الإسلام(1) الأوزجندي رحمه الله تعالى أنه سئل عن امرأة قالت لزوجها: اشتريت نفسي بكذا، فقال الزوج بعدما اشتغل بكلمات: بعت، قال: إن كان كلامها يتعلق بخلع لا يبدل المجلس.

5207- وفي مجموع النوازل: إذا قالت امرأة: خويشتن خريدم بعدت وكابين، فقال الزوج: نيك آمد، فهذا ليس بجواب، وفيه أيضًا: خويشتن خريدم از تو بكابين ونفقه عدت، فقال الزوج: فروختم ان وصه فلاني ديكر، فقالت المرأة: آمد، فهذا خلع تام؛ لأن كلامها الأول وقع معتبرًا، وكلام الزوج جواب بشرط الزيادة، وقولها: آمد، دليل الرضا بالزيادة، فلهذا تم الخلع. قالت: خويشتن خريدم بكابين ونفقة عدتي، فقال الزوج: فروختم بكابين خويشتن، فهذا خلع تام. إذا قالت: خويشتن خريدم بعدت وكابين، فقال الزوج: فروختم كير، فهذا خلع تام، هذا إذا أراد الزوج به التحقيق، وقد مرت المسألة من قبل.

نوع آخر منه:

5208- رجل قال لامرأته: كل شيء ساليه تنه من أجلك بسبب المهر وغيره ترا فروختم بآن طلاق كه در تو است، فقالت المرأة: اشتريت، لا يقع الطلاق؛ لأنه باع منها ما هو حقها، فلا يصح كما لو قال الآخر: بعت منك خادمك هذا بعبدي هذا.

5209- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: ولو قال: بعت منك مهري ونفقة عدتي، اشتريت؟ فقال: اشتريت خيز ورو، فقامت وذهبت، فالظاهر أنها لا تطلق؛ لأنه ما باع نفسها، ولا طلاقها منها، وإنما اشترى مهرها، وهذا لا يكون طلاقًا في هذا الموضع أيضًا، وهذا إذا لم ينو الزوج بقوله: خيز ورو الطلاق.

5210- إذا قال الرجل لامرأته: بعت منك ثلاث تطليقات بمهرك ونفقة عدتك، فقالت المرأة مجيبة له: بعت، ولم تقل: اشتريت، أو كان كلامهما بالفارسية، فقال الزوج: فروختم سه طلاق تو بكابين ونفقة عدت تو، فقالت: فروختم، ولم تقل: خريدم. قال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى: بانت منه، كأنها قالت: بعت مهري ونفقة عدتي بهذه التطليقة. وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: لا يقع؛ لأن كلامها لا يصلح جوابًا وكان ابتداء، وقول الفقيه أبي بكر أحب إلينا.

(1) وفي "ب" و"ر": عن شمس الإسلام.

٥٢١١ - إذا قال لها: بعت منك تطليقة، فقالت: اشتريت، يقع تطليقة رجعية مجانًا. ولو قال: بعت منك نفسك، فقالت: اشتريت، يقع تطليقة بائنة؛ لأن قوله: بعت منك نفسك(١)، من كنايات الطلاق، وقوله: بعت منك تطليقة صريح. وإذا قالت: بعت منك مهري بتطليقة، فقال الزوج: اشتريت، يقع تطليقة بائنة.

٥٢١٢ - امرأة قالت لزوجها: هيچ روز نيست كه از تو خويشتن نمى خرم، فقال الزوج: من نيز مى فروشم لا يصح الخلع. ولو قالت: هر روز خويشتن مى خرم، فقال الزوج: من نيز فروشم صح الخلع، وقد قيل: لا يصح في الوجهين، وهو الأصح. قالت لزوجها: خويشتن خريدم از تو [بانك درهم وسه پاره جامه](٢)، فقال الزوج: فروختم بمانگ، تا ده روز آن جامها كه بدهى، وده روز گذشت ونداد، هل يصح الخلع؟ فقد قيل: لا يصح الخلع، وقال نجم الدين: الخلع صحيح تام؛ لأن الشرط هو القبول دون الإعطاء، وهو الصحيح، وقد مرّ جنس هذا في الفصل المتقدم.

٥٢١٣ - رجل قال لامرأته: مرا فروختى باين زر وسراى، بانك طلاق كه برابر سوى من است؟ فقالت: فروختم، فقال الزوج: خريدم، طلقت ثلاثًا؛ لأن الطلاق الذي لها عنده الثلاث.

قال: ألا ترى أنه لو قال لها: بما لك من الوديعة عندي، دخل كل وديعة لها عنده كذا هنا، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند". قالوا: إنما يقع الثلاث إذا نوى الزوج، وامرأة اختلعت، قال لها: بعت منك تطليقة بجميع مهرك، وبجميع ما في البيت، غير ما عليك من القميص، فاشترت المرأة وكان عليها سوار وخلخال، فالخلع واقع، وما عليها من كسوتها وحليها ما استثني، وما لم يستثن فهو لها؛ لأن ما في البيت لا يراد به ما عليها.

٥٢١٤ - إذا قال الرجل لامرأته: اخلعي نفسك مني بمهرك ونفقة عدتك، ولقنها بالعربية حتى قالت: اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة، وأبرأتك عن المهر ونفقة العدة، وهي لا تعلم بذلك.

٥٢١٥ - ذكر في "فتاوى أهل سمرقند": إذا قبل الزوج صح، وإذا لم يقبل لا يصح؛ لأن قوله: اخلعي نفسك بالمهر ونفقة العدة توكيل، والتوكيل لا يعمل بدون العلم من الوكيل،

(١) وفي "ب" و "ف": بعتك نفسك.

(٢) جعلت هذه العبارة من "التاتارخانية" نقلا عن "المحيط"، وإلا كان في جميع النسخ: باومادى كندم ويطلاق سه پاره جامه

فرقة قالت: اختلعت نفسي منك بالمهر ونفقة العدة، كان هذا ابتداء إيجاب منها فيصح، وإن لم يعلم بذلك كمن طلق وأعتق، أو دبر وهو لا يعلم معنى ذلك، وإذا صح الإيجاب يتوقف عمله على قبول الزوج، فإن قبل صح ويبرأ عن المهر والنفقة فيما مضى بالإبراء صريحًا.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا(١): لا يصح الخلع، فلا يبرأ الزوج عن المهر إذا لم تعلم المرأة ذلك، وهو الصحيح؛ لأن الخلع معاوضة فصار نظير البيع، والعوام لو قالوا: بعنا واشترينا، ولا يعلمون معنى ذلك لا يصح بخلاف الطلاق والعتاق؛ لأن كل واحد منهما إسقاط محض، والخلع ليس بإسقاط محض، بل فيه معنى المعاوضة، فكان شبه البيع لا شبه الطلاق والعتاق، فلا يصح من غير علم لهذا.

٥٢١٦- رجل قال لامرأته: بعت منك تطليقة بثلاثة آلاف درهم، فقالت: اشتريت، ثم قال لها ثانيًا: بعت منك تطليقة بثلاثة آلاف درهم، فقالت: اشتريت، ثم قال لها: ثالثًا مثل ذلك، فقالت: اشتريت، والزوج يقول: أردت بذلك التكرار لا يصدق، ووقع ثلاث تطليقات، ولا يجب عليها إلا ثلاثة آلاف؛ لأن الأول وإن كان بائنًا، فالثاني والثالث صريح، ولم يجب البدل بهما لانعدام شرط وجوب البدل بهما، وهو زوال الملك بهما لزواله بالطلاق الأول، وصريح الطلاق إذا لم يجب به المال، يلحق البائن بلا خلاف.

٥٢١٧- ولو قال لها: بعت منك هذا الثوب بمهرك ونفقة عدتك، فقالت: اشتريت، ثم طلقها، فبيع الثوب باطل؛ لجهالة نفقة العدة، ويقع الطلاق رجعيًا؛ لأنه أتى بصريح الطلاق.

٥٢١٨- وفي «الأصل»: إذا قالت: بعني طلاقي كله بألف درهم، فقال: بعت، وقع ثلاث تطليقات، وله ألف درهم سواء قبلت المرأة بعد ذلك أو لم تقبل، وهو الصحيح؛ لأنه معنى قولها: بعني طلاقي كله بألف درهم، طلقني ثلاثًا بألف درهم، [ولو قالت: طلقني ثلاثًا بألف درهم،](٢) فقال: طلقت، لا يحتاج إلى قبول المرأة بعد ذلك، كذا هنا.

نوع آخر في العوارض بعد وقوع الخلع:

٥٢١٩- ذكر في فتاوى أبي الليث أن من خلع امرأته على مال، ثم زادت في بدل الخلع زيادة، أن الزيادة باطلة؛ لأن هذه زيادة بعد هلاك المعقود عليه، وبهذا الطريق لم تصح الزيادة

---

(١) وفي "ب" و"م": وبعض مشايخنا رحمهم الله على أنه لا يصح الخلع.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

في مثل الصلح عن دم العمد.

٥٢٢٠- وفي فتاوى النسفي: رجل سأل نجم الدين عمن خلع امرأته، ثم قال لها في العدة: دادمت سه، ولم يزد على هذا هل تطلق ثلاثًا؟ قال: إن نوى الطلقات الثلاث طلقت ثلاثًا، وما لا فلا. قيل: لأنه لم يتلفظ بالطلاق، فصار كأنه قال: أنت واحدة. وهناك لا يقع الطلاق بغير نية، فههنا كذلك.

قيل له: ينبغي أن لا يقع الطلاق مع النية؛ لأن قوله: دادمت سه، ليس بصريح بل هو من جملة الكنايات، ولهذا شرط النية، والكنايات لا تلحق المختلعة. قال: الكنايات التي تقع بائنة لا تلحق المختلعة، أما الكنايات التي تقع رجعية نحو قوله: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة يلحقها؛ وهذا لأن صحة هذا اللفظ بالإضمار، فإن معنى قوله: دادمت سه دادمت سه طلاق، فصار كأنه صرح بالطلاق، وصريح الطلاق يلحق البائن والخلع.

قيل: الواقع بقوله: دادمت سه مع النية الثلاث، والثلاث تكون بوائن، والمختلعة لا يلحقها البوائن. قال: المضمر صريح الطلاق، وصريح الطلاق لا يكون بائنًا، وإنما تثبت البينونة لا لأن اللفظ للبينونة، ولكن [لأن](2) الواقع الثلاث. ألا ترى أنه لو خالعها مرتين، ثم قال لها: أنت طالق، صح وإن كان يصير به ثلاثًا، لأنه صريح كذا هنا، هكذا حكي عنه رحمه الله تعالى. وأظن أنه لا حاجة إلى هذا التكلف؛ لأن الواقع بقوله: دادمت سه مع النية الثلاث، إذا سبقه الخلع فطلقتان، وإنهما لا يكونان بائنتين.

٥٢٢١- رجل خلع امرأته، فقيل له بالفارسية: ديگر بده، فقال الزوج: دادم، قال أبو بكر: يقع الثلاث، وصار كأنه قيل(1): طلق الباقي.

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وعندي يقع تطليقة أخرى لا غير؛ لأن قوله: ديگر بده بمنزلة قوله: طلقها أخرى.

٥٢٢٢- وإذا باع من امرأته تطليقة بمهرها، ونفقة عدتها، واشترت هي كذلك، ثم قال الزوج من ساعته: هر سه هر سه، يخاف أن يقع عليها الثلاث، هكذا ذكر في النوازل؛ لأن قوله: هر سه هر سه، ينصرف إلى الطلاق؛ لأنه هو السابق ذكره، فصار كأنه قال: أوقعت هر سه طلاق.

٥٢٢٣- وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا خالع امرأته بتطليقة واحدة، فقال له

---

(1) أثبت من ب و ف و م.

(2) وفي ب و ف: قال.

رفضاء، لم فعلت هكذا؟ فقال بالفارسية: دو سه باد، لا يقع بهذا الكلام شيء؛ لأن هذا ليس بإيجاب. وفي "فتاوى الفضلي": إذا خالع الرجل امرأته، فقيل له: كم نويت؟ فقال: ما نشاء، فإن لم ينو الزوج شيئًا تطلق واحدة؛ لأن تفويض المشيئة إليها ليس بشيء.

٥٢٢٤ - وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا قالت لزوجها: اخلعني، فقال بالفارسية: سه خواهم، فقال الزوج: سه داد، ثم خلعها بعد ذلك بتطليقة، يقع واحدة؛ لأنه لم يقع بقوله: سه داد شيء، بقي الحكم للخلع، وإنه يقع به واحدة.

نوع آخر:

٥٢٢٥ - ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر، ورضاع ولده التي هي حامل به إذا ولدته سنتين، فذلك جائز، فإن ولدته فمات، أو لم يكن في بطنها ولد منه، فإنها ترد قيمة الرضاع. قال بعد هذا: ولو جاءت بالولد، ومات بعد سنة فعليها قيمة رضاع سنة.

٥٢٢٦ - ولو شرطت أنه إن ولدته، ثم مات قبل الحولين، فهي بريئة من قيمة الرضاع، فذلك جائز، وهذا مما يجوز في الخلع. زاد في "نوادر ابن رستم" عن محمد رحمه الله تعالى: شرطت أنها إذا ماتت، أو مات الولد فلا شيء عليها، فهذا الشرط جائز. قال بعد هذا: وكذلك لو قالت: على أن أحملك على دابتي هذه إلى مكة، فإن بدا لك أن تحج، فلا حرج علي فهو جائز. وروى أبو سليمان عن محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: في المرأة تختلع من زوجها بنفقة ولد له منها ما عاشوا، فإن عليها أن ترد المهر الذي أخذت منه.

٥٢٢٧ - وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى فيمن خلع امرأته على رضاع ابنه، ولم يسمِّ لذلك وقتًا، قال: هو جائز، وهو على سنتين، وإذا خلعها على رضاع ابنه سنتين، وعلى نفقة ابنه هذا عشر سنين، يعني بعد الفطام قال: هو جائز. قلت: أليس هذا مجهولًا؟ قال: هذا يجوز في الطلاق. وعلى هذا إذا خلعها على أن تمسك الولد سنتين، وعلى أن تكسوه من مالها في هاتين السنتين، فالخلع جائز بهذا الشرط، وإن كانت الكسوة مجهولة؛ لما ذكرنا. وإنما جاز الخلع بهذا الشرط، فطلبت من الزوج كسوة الولد، لم يكن لها ذلك، وإن لم يشترط[1] ذلك في الخلع، لها أن تطالبه بكسوة الولد. ولو خالعها على مهرها، وعلى أن ترضع الصبي في الحولين كل شهر بدرهم جاز. وتؤخذ المرأة على الرضاع يعني لا تجبر؛ لأنه

---

(١) وفي "م" و "ب": وإن لم يشترطا ذلك في الخلع فلها

لم يذكر للرضاع بدلاً معلوماً جاز، فهذا أولى.

٥٢٢٨- وفي "النوازل": اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها، وعلى أن تمسك ولدها منه ست سنين بنفقتها، فلما مضى عليه أيام ردت الولد على الزوج، أجبرت هي على إمساك الولد؛ لأن الخلع بهذا الشرط قد صح، فيجب عليها الوفاء بالشرط. وإن تركته على الزوج وتوارت أو هربت، فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها؛ لأنها امتنعت عن إيفاء بدل الخلع، فوجب عليها قيمة البدل، كما لو اختلعت على عبد ووارت العبد، كان عليها قيمة العبد، كذا هنا.

٥٢٢٩- وإذا طلقها على أن تمسك ولده إلى وقت الإدراك، ثم إنها أبت إمساك الولد [أجبرت عليه، وإن أبت فعليها أجر مثل إمساكه إلى وقت الإدراك. وبعض مشايخنا قالوا: إذا وقع الخلع على إمساك الولد[1] وهو رضيع، إن بيّن المدة يصح، وإن لم يبيّن المدة لا يصح. وإنه يخالف رواية هشام عن محمد رحمه الله تعالى على ما ذكرنا. وكذلك قالوا: إذا وقع الخلع على إمساك الولد وهو فطيم بنفقته، لا يجوز وإن بيّن المدة، وإنه يخالف رواية هشام عن محمد رحمه الله تعالى، ويخالف المذكور في "مجموع النوازل". وإذا اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز والشرط باطل، في باب الولد عند من يكون في الفرقة.

نوع آخر منه:

٥٢٣٠- رجل خلع ابنته الصغيرة من زوجها على مالها، لم يجز؛ لأن الخلع على مالها بمنزلة التبرع بمالها؛ لأنه يقابل بها ما ليس بمتقوم؛ لأن منافع البضع لا قيمة لها عند الخروج عن ملك الزوج، والأب لا يملك التبرع بمال الصغير والصغيرة. ثم قول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: إذا خالعها على مالها لا يجوز، محتمل يحتمل أن لا يصح الخلع أصلاً، ولا يقع الطلاق، ويحتمل أن لا يصح جعل مالها بدلاً، ويقع الطلاق، وقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، وقيل عن أصحابنا فيه روايتان: في رواية يقع الطلاق، وبه أخذ بعض المشايخ؛ لأنه علق الطلاق بقبول الأب، ولو علق بشرط آخر هو فعل الأب كدخول الدار ونحوه، يقع الطلاق إذا وجد الشرط، فكذا هنا، ولكن لا يجب المال؛ لأن بدل الخلع

-----
(١) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

سواء.

٥٢٣٤ - ولو خلع ابنته الكبيرة على صداقها، وهو من الأب بالصداق بقضاء، إن أجازت أن يكون صداقها بدل الخلع عمل على إجازتها، فإن لم تجز كان لها أن ترجع بالصداق على الزوج، ثم الزوج يرجع على الأب، وهذا لأن الخلع مضاف إلى مالها، فيتوقف نفاذه على إجازتها.

٥٢٣٥ - ورأيت(١) في كتاب الحيل: إذا وقع الخلع على صداقها، ولم يضمن الخالع الصداق للزوج، لا شك أنه لا يسقط صداقها بهذا الخلع، وهل تقع البينونة؟ ينظر إن قبلت الصغيرة عقد الخلع، وكانت من أهل ذلك بأن كانت تعقل العقد(٢) وتعبر، يقع الطلاق بالاتفاق، وإن لم تقبل الصغيرة عقد الخلع، ينظر إن كان العاقد أجنبيا لا تقع البينونة بالاتفاق، ولكن تكلموا أنه هل يتوقف ذلك على إجازتها إذا بلغت؟ قال بعضهم: لا يتوقف [وقال بعضهم: يتوقف، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في شروط في باب الخلع، وإليه أشار في حيل الأصل](٣). وأما إذا كان العاقد أبا، ولم يضمن الصداق للزوج، هل يقع الطلاق؟ فقد ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى في شرح كتاب الطلاق أن فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: أن فيه روايتين: على رواية الشروط يقع الطلاق، ولا يسقط من صداقها، وعلى رواية الحيل لا يقع الطلاق(٤). وقال شمس الأئمة: ما ذكر في الشروط محمول على ما إذا ضمن الأب بدل الخلع، توفيقا بين رواية الشروط وبين رواية كتاب الحيل.

فإن أجيزت بعد الخلع عليها، وإن لم تجز كان الخلع مع الأب، كأنه لم يضف إلى مالها، وصار تقدير الكلام من الأب: خالعتها على صداقها إن أجازت، وإن لم تجز فعلي مقدار ذلك، وإن لم يضمن الأب ذلك، فالخلع يتوقف على قبولها، فإن قبلت تم الخلع، يعني في حق المال، وما لا فلا، وهذا لأن الإيجاب إذا كان مطلقا، كان إيجابا على المرأة فيتوقف على قبولها لهذا.

٥٢٣٦ - اختلعت الصبية من زوجها، وزوجها كبير فالطلاق واقع، والمال لا يجب،

(١) وفي م: كتب.

(٢) وفي م: الخلع.

(٣) أثبت من م.

(٤) وفي م: لا يقع الطلاق ولا يسقط من صداقها.

لأن بدل الخلع بمنزلة التبرع، والصبية ليست من أهل التبرع. وكذلك الأمة إذا اختلعت من زوجها، أو طلقها على جعل، فإنه يقع الطلاق، ولا تؤاخذ بالجعل في الحال، وإنما تؤاخذ به بعد العتق، وإن اختلعت بإذن المولى تؤاخذ به للحال، وتباع فيه، إلا أن يفديها المولى كما في سائر الديون.

والأمة تفارق الصبية العاقلة إذا اختلعت من زوجها، فإنها لا تؤاخذ ببدل الخلع بعد البلوغ، كما لا تؤاخذ به في الحال. والمدبرة وأم الولد في ذلك كالأمة، إلا أنهما لا تحتملان البيع فتؤدي البدل من كسب إذا شرط بإذن المولى.

والمكاتبة لا تؤخذ ببدل الخلع إلا بعد العتق، سواء اختلعت بإذن المولى أو بغير إذنه. وإذا اختلعت الأمة من زوجها بمهرها بغير إذن مولاها يقع الطلاق، ولكن لا يسقط مهرها؛ لأن مهرها من حق المولى، فلا يسقط إلا برضا المولى.

نوع آخر منه:

٥٤٣٢- يبنى على أصل أن خطاب الخلع متى جرى بين الزوج وبين المرأة، كان القبول إلى المرأة، سواء كان البدل مرسلاً، أو مضافاً إلى المرأة، أو إلى الأجنبي إضافة ملك، أو إضافة ضمان.

أما إذا كان البدل مرسلاً؛ فلأن هذا الخطاب لو جرى بين الزوج وبين الأجنبي وكان البدل مرسلاً، كان القبول إلى المرأة، فإذا جرى بين الزوج والمرأة أولى. وأما إذا كان البدل مضافاً إلى المرأة؛ فلأن البدل لو كان مرسلاً في هذه الصورة، أو مضافاً إلى الأجنبي كان القبول إلى المرأة، فإذا كان مضافاً إلى المرأة أولى.

وأما إذا كان البدل مضافاً إلى الأجنبي، فلأن شروع المرأة في الخلع والضمان يسلم بها [بسبب](١) الخلع، بمنزلة اشتراط الضمان على نفسها دلالة؛ لأن البدل بقضية الأصل إنما يجب على من يسلم له المبدل، فقد وجد من المرأة اشتراط الضمان على نفسها دلالة بقضية الأصل، ووجد إضافة البدل إلى الأجنبي نصاً صريحاً، وكل واحد منهما يجوز أن يكون عاقداً في باب الخلع، أما المرأة فظاهر.

---

(١) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل: [illegible].

٥٢٣٨ - وأما الأجنبي فبدلي أنه يجب عليه بدل الخلع بحكم العقد على ما تبين، وإذا صلح كل واحد منهما عاقدًا كان جعل المرأة عاقدة حتى يشترط قبول المرأة أولى؛ لأنا إذا جعلنا الأجنبي عاقدًا يحتاج إلى إثبات عقد جديد من جهته، مع أنه لم يوجد منه العقد حقيقة، ولو جعلنا المرأة عاقدة لا يحتاج إلى إثبات عقد جديد، فإن العقد وجد منها حقيقة، فجعلنا المرأة عاقدة، وشرطنا قبولها، وجعلنا الأجنبي كفيلًا عنها حتى لا يبطل إضافة الضمان إليه، فصار تقدير المسألة كأن الزوج قال لها: خالعتك على ألف درهم على أن فلانًا كفيل عنك لذلك، ولو نص على هذا كان القبول إلى المرأة، كذا ههنا.

٥٢٣٩ - وأما إذا جرى خطاب الخلع بين الأجنبي وبين الزوج، فإن كان البدل مرسلًا فالقبول إلى المرأة، صورته أن يقول أجنبي للزوج: اخلع امرأتك فلانة على ألف درهم، فالقبول إلى المرأة؛ لأن الأجنبي يجوز أن يكون هو العاقد بأن أراد بقوله: بألف بألف علي، والمرأة يجوز أن تكون هي العاقدة بأن أراد بقوله: بألف بألف على المرأة، وكان جعل المرأة عاقدة - والمنفعة تحصل لها أولى - .

٥٢٤٠ - وإن كان البدل مضافًا إلى الأجنبي إضافة ملك أو إضافة ضمان لا تشترط قبول المرأة، ولا تجعل المرأة عاقدة، وصورته أن يقول أجنبي للزوج: خالع امرأتك على ألف علي، أو على ألف علي أني ضامن، أو يقول: خالع امرأتك على ألفي أو ألف من مالي؛ وهذا لأنا لو جعلنا المرأة عاقدة يحتاج إلى إثبات عقد جديد من جهة المرأة، والعقد لم يوجد منها حقيقة، ولو جعلنا الأجنبي عاقدًا لا يحتاج إلى إثبات عقد جديد[1]، فجعلنا الأجنبي عاقدًا، وصار تقدير هذا الخلع كأن الأجنبي قال للزوج: خالع امرأتك بألف يجب علي لا على المرأة، ولو صرح بهذا لا يشترط قبول المرأة؛ لأن القبول إنما يشترط ممن عليه البدل، لا ممن يقع عليها الطلاق؛ لأن القبول إنما تشترط لوجوب البدل، لا لوقوع الطلاق.

بيان هذا الأصل من المسائل ما ذكرها محمد رحمه الله تعالى في نكاح الجامع: رجل قال لغيره: اخلع امرأتك على هذا العبد، أو على هذه الدار، أو على هذا الألف، فالقبول إلى المرأة؛ لأن خطاب الخلع وإن جرى بين الأجنبي وبين الزوج، ولكن البدل مرسل. وفي مثل هذه الصورة العاقدة هي المرأة.

٥٢٤١ - ونظير هذا إذا قال الرجل لغيره: بع عبدك هذا من فلان بألف درهم، أو قال:

(١) أثبت ما بين المعقوفين من "ب" و"ظ".

بع هذا العبد[1] ، توقف على قبول فلان ، وطريقه ما قلنا ، إلا أن البيع يقف على قبول فلان في المجلس ، ولا يقف على قبوله بعد المجلس ، والخلع يقف على مجلس علم المرأة ، والفرق معروف .

٥٢٤٢ - ثم إذا قبلت المرأة الخلع كان عليها أن تسلم إلى الزوج ما سمي في عقد الخلع ، إن قدرت على تسليمه ؛ لأنها هي العاقدة . وإن عجزت عن تسليم ذلك بالاستحقاق أو بسبب آخر ، فعليها تسليم المثل في المثلي ، وتسليم القيمة في غير المثلي . والبيع في هذا يخالف الخلع ؛ لأن البيع ينفسخ بالاستحقاق [فلا يبقى السبب[2] الموجب للتسليم ؛ فيصار إلى المثل أو إلى القيمة ، فأما الخلع لا ينفسخ بالاستحقاق][3] فيبقى السبب الموجب لتسليم ، فعند العجز عنه يصار إلى القيمة أو إلى المثل .

٥٢٤٣ - ولو كان قال الزوج : خالع امرأتك على عبدي هذا ، أو على داري هذه ، أو على ألفي هذه ، ففعل فالخلع واقع ، ولا يحتاج إلى قبول المرأة ؛ لأن العاقد في هذه الصورة الأجنبي ؛ لأن خطاب الخلع جرى منه ، والبدل مضاف إليه إضافة ملك .

ثم يتم الخلع بقول الزوج : فعلت ، ولا يحتاج إلى قبول الأجنبي ؛ لأن الواحد يصلح عاقداً في باب الخلع من الجانبين ، والعاقد من الجانبين إذا كان واحداً يتم العقد بقوله : فعلت ، كالأب إذا باع مال ابنه من نفسه ، فإنه يتم العقد بقوله : بعت ، ثم إذا وقع الخلع وجب على الأجنبي تسليم ما سمي في الخلع لالتزامه ذلك .

٥٢٤٤ - ولو قالت المرأة لزوجها : اخلعني على عبد فلان ، أو قالت : على دار فلان ، ففعل تم الخلع ، ولا يحتاج في هذا إلى قبول صاحب العبد والدار ؛ لأن العاقد في هذه الصورة المرأة ؛ لأن خطاب الخلع جرى منها ، ولم يشترط في الكتاب قبول المرأة لتمام الخلع ، وكذلك لم يشترط قبول المرأة في هذه الصورة في كتاب الوكالة ، وفي نوادر ابن سماعة شرط قبول المرأة . فعلى رواية هذا الكتاب يحتاج إلى الفرق بين ما إذا كانت البداية من المرأة ، وبين ما إذا كانت البداية من الزوج ، بأن قال لامرأته : خالعتك على دار فلان ، أو على عبد فلان ، فإن هناك يشترط قبول المرأة لتمام الخلع .

والفرق أن الخطاب إذا كان من جانب المرأة ، فالزوج مأمور بالخلع من جهة المرأة ،

---

(١) وفي ب و ف : أو قال بهذا العبد ، وفي م : لهذا العبد .

(٢) وفي م : فلم يبق السبب .

(٣) أثبت من ب و ف و م .

يصير عاقداً من جهة نفسه بطريق الأصالة، ومن جهة المرأة بطريق النيابة عنها، ويتم الخلع بالزوج فلا يشترط قبولها ثانياً. فأما الخطاب إذا كان من جهة الزوج، فالزوج غير مأمور من جهة المرأة بشيء، وكان عاقداً من جهة نفسه لا من جهة المرأة، فلهذا يشترط قبول المرأة.

٥٢٤٥ - قال: وعلى المرأة تسليم الدار والعبد [إن أجاز ذلك صاحب الدار والعبد][1]، وإن لم يجز فعليها تسليم القيمة، وهذا إذا ابتدأت المرأة بالخطاب. فأما إذا ابتدأ الزوج بالخطاب بأن قال لها: خلعتك على عبد فلان، أو قال: خالعتك[2] على عبد فلان، كان القبول إلى المرأة؛ لأنها هي العاقدة.

٥٢٤٦ - ولو أن الزوج خاطب صاحب العبد، والمرأة حاضرة فقال: يا فلان قد خلعت امرأتي بعبدك هذا، فالقبول إلى صاحب العبد، إن قبل صح الخلع، وما لا فلا؛ لأن العاقد في هذه الصورة صاحب العبد [لأن خطاب الخلع جرى بين الزوج وبين صاحب العبد][3]، والبدل مضاف إلى صاحب العبد.

٥٢٤٧ - ولو أن أجنبياً قال للزوج: خالع امرأتك على [عبد فلان هذا، فالقبول إلى صاحب العبد، وكذلك لو قال الأجنبي للزوج: خالع امرأتك على][4] ألف على أن فلاناً ضامن لها، فالقبول إلى فلان لما ذكرنا. ولو قالت المرأة لزوجها: اخلعني على ألف درهم على أن فلاناً ضامن لها، فقبل الخلع، ولا يلتفت إلى قبول الضمين[5]، فبعد ذلك ينظر إن قبل فلان المال كان للزوج الخيار، إن شاء أخذ المرأة بذلك بحكم الأصالة، وإن شاء أخذ الضمين بحكم الكفالة، وإن لم يقبل الضمين ذلك، لا شيء عليه، ولا يبطل الخلع.

نوع آخر منه:

قال في الجامع: امرأة وكلت رجلاً بأن يخلعها من زوجها بألف درهم، ففعل الوكيل، فهذا على وجهين: إما إن أرسل الوكيل الخلع، بأن قال: خالع امرأتك على ألف درهم، أو قال: على هذه الألف، أو أضاف البدل إلى نفسه إضافة ملك، أو إضافة ضمان،

---

(١) أثبت من ... و ...
(٢) وفي ب ... خالعتك.
(٣) أثبت من ... و ... و ...
(٤) أثبت من ب و ... و ...
(٥) وفي ب: الضمين.

الوكيل، لا تعمل رجوعها. فرق بين هذا وبينما إذا قالت: خلعت نفسي من زوجي بألف درهم، فاذهب يا فلان إلى زوجي وأخبره بذلك، فلما ذهب الرسول أشهدت على أنها قد رجعت عن ذلك، ثم بلّغ الرسول الزوج ذلك، فقبل كان قبوله باطلاً، حتى لا يقع الخلع علم الرسول بالرجوع أو لم يعلم، والفرق وهو أن التوكيل إثبات الحكم في حق الوكيل، لأن التوكيل إطلاق التصرف، والعزل منع له عن التصرف، فلو صح من غير علم الوكيل كان فيه غروراً في حق الوكيل، وإنه حرام.

أما الرسالة فليست بإثبات[1] الرسول بشيء؛ لأن الرسول ينقل عبارة المرسل جملة بعينه، فلا يؤدي ذلك لو صح الرجوع من غير علمه، لا يكون ذلك غروراً في حقه، فكذلك لو رجعت بعد تبليغ الرسالة قبل قبول الزوج، صح رجوعها أيضاً وإن لم يعلم الرسول بذلك وكذلك هذا الجواب في البيع، والعتق، والنكاح، والإجارة، إذا رجع المرسل قبل قبول المرسل إليه، صح رجوعه وإن لم يعلم الرسول به. فإذا قالت لزوجها: اخلعني على ألف درهم، ثم رجعت من غير علم الزوج، لا يصح رجوعها؛ لأن هذا توكيل منها الزوج، والتوكيل لا يقبل الرجوع من غير علم الوكيل[2].

٥٢٥٢- أمر رجلاً أن يخلع امرأته، فليس للمأمور أن يخلعها إلا بمال، رواه بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أنه لو خلعها بغير مال كان طلاقاً بائناً بغير مال.

٥٢٥٣- وكل رجلين بالخلع بألف درهم، فخلعها أحدهما بألف درهم، وأجاز الآخر ذلك لم يجز، وإن قال أحدهما: قد خلعتها، وقال الآخر: [أنا][3] خلعتها، فهو جائز.

٥٢٥٤- هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إن وكل الرجل رجلاً أن يخلع امرأته إن تركت مهرها، فتركت مهرها، فقال الوكيل: طلقتك ثلاثاً، لا يقع شيء في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ونحن نرى أنه يقع واحدة بجميع المهر.

٥٢٥٥- وفي الأصل: إذا قال لغيره: اخلع امرأتي، فإن أبت فطلقها، فأبت المرأة الخلع فطلقها الوكيل، ثم قالت: أنا أختلع، فخالعها جاز إن كان الطلاق رجعياً.

٥٢٥٦- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رسول المرأة إلى زوجها إذا قال له:

(١) هذا اللفظ غير واضح.

(٢) أثبت بعضها من م، وبعضها من ب.

(٣) أثبت من ب و ف و م.

طلّقها، أو أمسكها كما أمسك الرجل النساء، فقال الزوج: لا أمسكها، ولكن أطلقها، فقال الرسول: أبرأتك من جميع مالها عليك، فطلّقها الزوج، ثم إن المرأة أنكرت أن تكون أمرت رسولها بالإبراء، والرسول يدّعي، فإن ادّعى الزوج توكيلا للرسول بذلك، فالطلاق واقع وهي على حقها؛ لأن إقرار الزوج إنما يصح فيما يملك لا فيما لا يملك، وإن لم يدع الزوج توكيلها للرسول بذلك، فهذا على قسمين: إن كان الرسول قال للزوج: أبرأتك عن حقها عليك على أن تطلّقها، فطلّقها على ما ذكرنا فالطلاق غير واقع، وهي على حقها؛ لأن إيقاع الطلاق بالمهر موقوف على إجازتها، وإن لم يكن قال الرسول: على أن تطلّقها، فطلّقها فالطلاق واقع، وهي على حقها

٥٢٥٧- ولو أن قوما جاؤوا إلى رجل، وزعموا أن امرأته وكّلتهم باختلاعها منه، فخالعها معهم على ألف درهم، وأنكرت التوكيل، فإن ضمنوا بدل الخلع للزوج، فالطلاق واقع؛ لأن خطاب الخلع جرى بين الزوج وبين الأجنبي، وضمن الأجنبي بدل الخلع، وفي مثل هذا [يشترط][1] قبول الأجنبي على ما مرّ. وإن لم يضمنوا فهذا على وجهين: إما أن يدّعي الزوج أنها وكّلتهم، أو لم يدع إلى آخر ما ذكرنا في المسألة الأولى، هذا إذا خالع الزوج معهم. أما إذا باع منهم تطليقة بألف درهم، قال أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى: [يقع الطلاق][2] وجد الضمان منهم[3] أو لم يوجد؛ لأن لفظ الشراء لفظ ضمان، وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف: هذا والأول سواء، وعليه الفتوى

٥٢٥٨- وإذا وكّل الرجل رجلا بطلاق امرأته، فطلّقها بمهرها ونفقة عدتها، أو خالعها على ذلك، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: يجوز ذلك، سواء كانت المرأة مدخولا بها أو غير مدخول بها؛ لأن الغالب من عادات الناس أنهم يريدون بالتوكيل بالطلاق الطلاق بجعل، لكن هذا الوجه غير مختار؛ لأن هذا يقتضي أن الوكيل بالطلاق إذا طلق مطلقًا، أنه لا يجوز، وهذا بعيد، وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف مرة: لا يجوز[4] من غير تفصيل بين المدخول بها؛ لأنه وكّله بالتنجيز، وقد وكّله بالتعليق، وهذا التعليل يوجب التسوية بين المدخول بها وغير المدخول بها، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى، وهو المختار

(١) هكذا في "ب" و"ف"، وفي "م": بشرط، وكذا في الأصل: الشرط
(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"م".
(٣) وفي "م": عليه.
(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

للفقيه أبي الليث.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف مرة أخرى: إن كانت المرأة مدخولا بها لا يجوز، وإن كانت غير مدخول بها يجوز، وهكذا حكي عن الفقيه أبي القاسم الصفار، وهو اختيار الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته. والوجه في ذلك: أن المرأة إذا لم تكن مدخولا بها فهذا من الوكيل [خلاف إلى خير؛ لأنه وكله بطلاق يقطع النكاح مجانًا، وقد أتى بطلاق قطع النكاح بعوض، فلا يعد ذلك خلافًا. وإذا كانت مدخولا بها، هذا من الوكيل خلاف][1] إلى شر؛ لأنه وكله بطلاق لا يقطع النكاح [لأنه وكله بطلاق بغير عوض، والطلاق بغير عوض في المدخول بها لا يقطع النكاح][2]، وقد أتى بطلاق قطع النكاح، فكان هذا خلافًا إلى شر فاعتبر خلافًا.

٥٢٥٩ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: طلق امرأتي على أن تخرج من البيت، ولا تخرج منه شيئًا، ففعل ثم اختلفا، فقال الزوج: أخرجت، وقالت المرأة: لم أخرج، فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر شرط وقوع الطلاق.

وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته: وفي المسألة نوع إبهام؛ لأنه إن أراد بقوله: طلق امرأتي على شرط أن لا تخرج من البيت، علق طلاقها بشرط أن تخرج من البيت، ولا تخرج منه شيئًا، فهذا صحيح؛ لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، فالزوج بقوله: أخرجت شيئًا من البيت، أنكر شرط وقوع الطلاق، فيكون القول قوله. وإن أراد بقوله: طلق امرأتي على شرط أن لا تخرج من البيت شيئًا، قل لها: أنت طالق على أن لا تخرجي من البيت شيئًا، فهذا الجواب غير صحيح؛ لأنها إذا قبلت ينبغي أن يقع[3] الطلاق للحال، أخرجت شيئًا أو لم تخرج. وإن الرواية محفوظة فيما إذا قال: أنت طالق على أن تعطي ألف درهم فقبلت؛ تطلق وإن لم تعط الألف.

٥٢٦٠ - كذلك إذا قال لها: أنت طالق على دخولك الدار، يقع الطلاق إذا قبلت، دخلت أو لم تدخل؛ لأنه استعمل الدخول استعمال العوض، كأن الشرط قبوله لا وجوده. قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": وإذا وكلت المرأة صبيًا أو معتوهًا أن يخالعها من

---

(١) أثبت من ب، ز، ف، و م.

(٢) هكذا في ب.

(٣) وفي ب: لا يقع.

زوجها، كان التوكيل صحيحاً، والصبي والمعتوه في هذا كالبالغ [سواء](1). وفيه نوع إشكال؛ لأن الصبي لا يملك هذا العقد لنفسه، فكيف يملك لغيره؟

والجواب: أنه لا يملك الخلع لنفسه؛ لأنه يلزمه حكم الخلع فيتضرر به، ومتى كان وكيلاً عن غيره، لا يلزمه حكم الخلع؛ لأنه لا يرجع إليه الحقوق فلا يتضرر.

نوع آخر في الاختلاف الواقع بين الزوج والمرأة في صحة الخلع وفساده وفي الشهادة في ذلك:

٥٢٦١- ولو خلع امرأته بالفارسية: خريدم وفروختم، وقال الزوج: كان في ضميري أني بعت رأس الشاة، وفاق. قلت فروختم من الإنقاذ(2)، أو قال. قلت: فروختم بالقفاء، فقد قيل: القول في ذلك قوله مع اليمين، إلا إذا كان قبض بدل الخلع، فحينئذ لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه.

وقد قيل: لا يقبل قوله قضاء، وإن كان لم يقبض بدل الخلع؛ لأن كلامه خرج جواباً، والجواب يتقيد بالسؤال، والسؤال عن تمليك النفس، فينصرف الجواب إليه. وعلى هذا إذا قال: كان في ضميري أني بعت شيئاً، لا يقبل قوله قضاء عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعليه الفتوى.

ثم أشار الزوج عند قوله: فروختم، إلى رأس الشاة أو إلى يد قباءه، فعلى قول هؤلاء، هذا ليس بشيء، والخلع صحيح إلا إذا صرح فقال: بعد قباي فروختم، فحينئذ لا يصح الخلع، وهذا لأن الإشارة لا تخرج كلامه من أن يكون خارجاً مخرج الجواب، والسؤال عن تمليك النفس، فينصرف الجواب إليه.

٥٢٦٢- ولو أقام الزوج البينة أنه باع رأس الشاة، وشهدت بينة أنه قال: بعت رأس الشاة، فيقبل بينته، وكذلك إذا أقام بينة أنه قال: فروختم من الإنقاذ قبلت بينته. ولو أقامت المرأة البينة بمعارضة أنه باع نفسها، أو أنه باعها فبينتها أولى. هكذا قيل؛ وفيه نظر عندي، وينبغي أن تكون بينة الزوج أولى.

٥٢٦٣- وفي فتاوى النسفي: لو أشهد الزوج شاهدين عدلين أن امرأتي إذا قالت: من خويشتن خريدم، أقول لها: فروختم بالقفاء، ثم اجتمعوا عند القاضي لأجل الخلع

---

(1) ليست في م.

(2) [illegible] الإبعاد.

ابن عم لها، أو كان أجنبيًا عنها. فإن كان الزوج أجنبيًا، فهو على وجهين: إما إن كانت المرأة مدخولا بها [أو غير مدخول بها، وحتى كانت مدخولا بها إما إن ماتت هي في العدة، أو ماتت بعد انقضاء العدة، فإن كانت مدخولا بها][١] وماتت هي بعد انقضاء العدة، فإنه ينظر إلى المسمى في بدل الخلع، وإلى ثلث مالها، فإن كان المسمى مثل ثلث مالها أو أقل فللزوج ذلك، وإن كان أكثر من ثلث مالها، فليس للزوج الزيادة على الثلث إلا برضا بقية الورثة. وهذا إذا كان لها أموال أخر سوى المهر، يخرج المسمى من الثلث. وإن لم يكن لها مال آخر سوى المهر الذي تزوجها عليه، يعتبر الثلث من المهر؛ وهذا لأن الخلع منها بمنزلة التبرع؛ لأنها تبذل مالا بإزاء غير مال يتعلق به حق الورثة، وهو منافع بضعها من غير حاجتها إلى ذلك، وإنها غير محتاجة إلى الخلع حاجة أصلية، والتبرع من المريض إذا حصل مع الأجنبي، يصح بقدر الثلث من غير إجازة الورثة، ويقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة. والتبرع هنا حصل مع الأجنبي لما ماتت بعد انقضاء العدة؛ لأنه لم يبق وارثا لها في هذه الحالة؛ لانقطاع سبب الوراثة وهو النكاح بعد انقضاء العدة من كل وجه.

٥٢٦٧ - وإن ماتت قبل انقضاء العدة، فإنه ينظر إلى المسمى في بدل الخلع، وإلى قدر ميراثه منها، فإن كان المسمى مثل ميراثه منها أو أقل، يسلم للزوج ذلك وإن كان الخلع بمنزلة التبرع، والمريض محجور عن التبرع مع الوارث؛ لأن المريض إنما يحجر من التبرع مع الوارث؛ لما فيه من إبطال حق الباقين عن الزيادة على ميراثه، وليس في قدر ميراث الزوج إبطال الحق عن الباقين، فلم يصر محجورة عن هذا التبرع [عنها، إذ التبرع][٢] مع الزوج.

٥٢٦٨ - وإن كان المسمى أكثر من ميراثه منها، فإنه لا يسلم له الزيادة على ميراثه إلا بإجازة بقية الورثة؛ لأن حق الباقين يتعلق عن الزيادة على قدر الميراث. وقد حجرت عن ذلك في حالة المرض بسبب النكاح، والنكاح وإن ارتفع بالخلع فالعدة باقية، وكل حجر ثبت بالنكاح يبقى ما بقيت العدة، على ما عرف أن العدة من أثر النكاح، بخلاف ما بعد انقضاء العدة؛ لأن بعد انقضاء العدة ارتفع النكاح بأثره فزال المانع من التبرع، فيما زاد على قدر حقه في الميراث إلى تمام الثلث، وصار حاصل التفاوت بينما قبل انقضاء العدة وبينما بعد انقضاء العدة، أن بعد انقضاء العدة لا ينظر إلى قدر حق الزوج في الميراث، وإنما ينظر إلى الثلث، فيسلم للزوج قدر الثلث من بدل الخلع وإن كان ذلك أكثر من حقه في الميراث. وقبل انقضاء

---

(١) أثبت من ب، ف، ت، م.

(٢) أثبت من م.

العدة لا ينظر إلى الثلث ، وإنما ينظر إلى قدر حقه في الميراث ، فيسلم للزوج قدر حقه في الميراث من بدل الخلع ، ولا يسلم له قدر ثلث مالها إن كان ثلث مالها أكثر من حقه في الميراث ، والفرق ما مرّ .

٥٦٦٩ - وإن كانت المرأة غير مدخول بها ، وقد اختلعت من زوجها بمهرها ، فإن النصف يعود إلى الزوج بحكم الطلاق قبل الدخول ، لا بحكم التبرع . ألا ترى أنه لو طلقها قبل الدخول بها ولم يختلع منها ، عاد إلى الزوج ذلك ، فلا يعتبر ذلك النصف واصلاً إلى الزوج من جهة المرأة؛ حتى يكون تبرعًا من جهتها . فأما النصف الآخر وصل إليه من جهة المرأة ، فيعتبر تبرعه في ذلك ، وقد حصل التبرع مع الأجنبي[1] ؛ لأن النكاح انقطع بأثره ، فيسلم للزوج ذلك النصف من ثلث مالها ، وإن لم يكن لها مال آخر سوى المهر[2] ، يسلم للزوج ثلث ذلك النصف .

٥٦٧٠ - وإن كان الزوج ابن عم لها ، والمرأة مدخول بها ، فإن كان لا يرث منها بحق القرابة بأن كان لها عصبة أخرى أقرب منه ، فهذا وما لو كان الزوج أجنبيا سواء . وإن كان يرث منها بحق القرابة وقد ماتت بعد انقضاء العدة ، فإنه ينظر إلى بدل الخلع ، وإلى قدر ميراثه منها بحق القرابة ، فإن كان بدل الخلع [إلى][3] قدر ميراثه أو أقل ، يسلم للزوج ذلك ، وإن كان أكثر ، فالزيادة على قدر ميراثه منها ، لا يسلم له إلا بإجازة باقي الورثة .

٥٦٧١ - وإن كانت المرأة غير مدخول بها ، فإن نصف المهر يسلم للزوج بالطلاق قبل الدخول ، فلم تعتبر المرأة متبرعة في ذلك النصف ، وإنما تعتبر متبرعة في النصف الآخر ، وقد صارت متبرعة على الوارث ، فينظر إلى ذلك النصف وإلى قدر ميراثه منها ، فيسلم للزوج الأقل منها ، هذا إذا ماتت من مرضها . وإن برأت منه سلم للزوج جميع ما سمت له ، بمنزلة ما لو وهبت له شيئًا ثم برأت من مرضها .

٥٦٧٢ - ولو اختلعت من زوجها وهي صحيحة والزوج مريض ؛ فالخلع جائز بالمسمى ، قلّ ذلك أو كثر ؛ لأنها وإن صارت متبرعة إلا أنها صحيحة ، والتبرع من الصحيحة نافذ ، ولا ميراث بينهما سواء ماتت بعد انقضاء العدة ، أو قبل انقضاء العدة ؛ لوجود الرضا من كل واحد منهما ببطلان حقه .

---

(١) وفي " م " : وقد حصل التبرع على الأجنبي على النكاح انقطع بأثره .

(٢) وفي " م " : وإن لم يكن لها مال كمال المهر يسلم للزوج ثلث ذلك النصف .

(٣) أثبت من " م " .

٥٢٧٣ - وإن تبرع أجنبي باختلاعها من الزوج بمال سماه(١) للزوج، وكان ذلك من الأجنبي في مرض موت الأجنبي، فالخلع جائز والطلاق واقع، ويعتبر بدل الخلع من ثلث مال الأجنبي؛ لأن الخلع عقد تبرع من المرأة مع أنه يحصل لها من فائدة بالخلع، فلأن يعد تبرعاً من الأجنبي أولى. وإن كان الزوج مريضاً حين تبرع الأجنبي باختلاعها، فلها الميراث إن مات الزوج من مرضه ذلك وهي في العدة؛ لأنها لم ترض بهذا الطلاق، فيعتبر الزوج فاراً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) وكذا في الأصل: سمته.

الفصل السابع عشر في الأيمان بالطلاق

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في بيان معرفة اليمين بغير الله تعالى وبيان شرائط صحته:

يجب أن يعلم بأن اليمين بغير الله تعالى ذكر شرط وجزاء يحلف به عادة؛ لأن اليمين بغير الله تعالى إنما يعرف بالجزاء، فإذا كان الجزاء مما لم يحلف به، لم يكن هذا التعليق يمينًا، ويكون تعليق الجزاء بالشرط على الحقيقة، ألا ترى أنه لو علق بالشرط الإذن والوكالة، وما أشبه ذلك لا يكون ذلك يمينًا على الحقيقة، وطريقه ما قلنا. والشرط يصح في الملك وغير الملك، والجزاء لا يصح إلا في الملك، أو أثره، أو مضافًا إلى الملك، أو إلى سببه؛ وهذا لأن الشرط الذي أمر حسي، فصحته يكون بوجوده حسًا، فأما الجزاء فأمر شرعي، فصحته إنما تكون بالشرائط التي اعتبرها الشرع للصحة، والشرع اعتبر لصحة الجزاء الشرائط التي قلنا؛ تحقيقا لما هو المقصود من اليمين، وهو تقوى الحالف على تحصيل الشرع[1]، أو الامتناع عنه؛ لأن الحالف إنما يتقوى على ذلك خوفًا عن نزول الجزاء[2]، والخوف إنما يحصل إذا كان الجزاء غالب النزول، أو متيقن النزول عند الشرط [وغلبة النزول عند الشرط][3] لقيام الملك أو أثره للحال، وتيقن النزول عند الشرط بإضافته إلى الملك، أو إلى سبب الملك.

ثم الشرط إن كان متأخرًا عن الجزاء، فالتعليق صحيح وإن لم يذكر حرف الفاء، إذا لم يتخلل بين الجزاء وبين الشرط سكوت، ألا ترى أن من قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار، أو قال لعبده: أنت حر إن دخلت الدار، يتعلق الطلاق والعتاق بالدخول وإن لم يذكر حرف الفاء، لما لم يتخلل بينهما سكوت.

وإن كان الشرط مقدمًا على الجزاء، فإن كان الجزاء اسمًا فإنما يتعلق بالشرط إذا ذكر الجزاء بحرف الفاء؛ لأن الاستعمال هكذا ورد، قال الله تعالى: ﴿إِن تُعَذِّبْهُمْ فَإِنَّهُمْ عِبَادُكَ﴾[4]

(١) وفي "م": الشرط.

(٢) وفي "م": على ذلك خوفًا أن يزول الجزاء.

(٣) هكذا في "ب" و"ف" و"م".

(٤) المائدة: ١١٨.

حتى إن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، يتعلق الطلاق بالدخول. ولو قال: إن دخلت الدار أنت طالق، يقع الطلاق للحال إلا إذا قال: عنيت به التعليق، فحينئذ يدين ديانة[1] لا قضاء.

وإن كان الجزاء فعلاً، إما فعل مستقبل أو فعل ماضي، فالجزاء يتعلق بالشرط بدون حرف الفاء، به ورد الاستعمال، قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ﴾[2]، يقول الرجل لغيره: إن زرتني زرتك، إن زرتني أزورك.

٥٢٧٤ - ويبنى على هذا الأصل ما إذا قال لها: إن دخلت الدار أنت طالق، فإنها تطلق للحال؛ لأن ثمة شرطاً سابقاً، والجزاء اسم فلا يتعلق بدون حرف الفاء، وإن قال: عنيت التعليق، لا يدين أصلاً، هكذا ذكر في الجامع. وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: يسأل الزوج كيف نويت التعليق؟ إن قال: بإضمار حرف الفاء، لا تصح نيته أصلاً، وإن قال: بالتقديم والتأخير، تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصح في القضاء.

٥٢٧٥ - وكذلك إذا قال لها: وإن دخلت[3] الدار أنت طالق تطلق للحال، فإن عنى التعليق دين فيما بينه وبين الله تعالى. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق وإن دخلت الدار، فإنها تطلق للحال، فإن الواو[4] في مثل هذا للتحقيق، يقول الرجل لغيره: أحسن إلى فلان وإن أساء إليك، ومعناه: أحسن إلى فلان على كل حال، أساء إليك أو لم يسئ، فكذا هنا معنى كلام الزوج[5]: أنت طالق على كل حال، وإن عنى التعليق لا يدين أصلاً، لا في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه.

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى ما إذا نوى به بيان الحال، ومعناه: أنت طالق في حال دخولك الدار. وحكي عن أبي الحسن الكرخي رحمه الله تعالى أنه قال: يجب أن يصح نيته؛ لأن الواو في مثل هذا يذكر للحال، كقول الرجل لامرأته: أنت طالق وأنت راكبة، معناه: أنت طالق في حال ركوبك، فقد نوى ما يحتمله لفظه.

٥٢٧٦ - ولو قال لها: أنت طالق إن... ولم يذكر بعده فعلاً، لم يذكر محمد رحمه

---

(١) وفي "ب": فحينئذ يدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء.

(٢) النساء: ١٢٣

(٣) وفي "ب": وإن، وفي "ف": أنت طالق إن دخلت الدار بتأخير الشرط

(٤) وفي "ف": لأن الواو

(٥) وفي "ب": معنى قول الزوج

الله تعالى هذه المسألة في الكتب الظاهرة، وفي "النوادر" المسألة مذكورة على اختلاف، على قول محمد رحمه الله تعالى يقع الطلاق للحال؛ لأن الطلاق لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون مضافاً، ولم توجد الإضافة هنا. وإما أن يكون معلقاً [و] لا تعليق هنا إذا لم تذكر عقيب الشرط فعلاً يتعلق به، فتعين تنجيزه و[يقع] للحال. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق أصلاً؛ لأنه إذا ذكر عقيب الشرط فعلاً، إنما لا يقع الطلاق في الحال، لأن بذكر الشرط تبين أنه ما أراد به الإرسال، وهذا المعنى ينشأ عن ذكر الشرط، لا عن ذكر الفعل عقيب الشرط، والكلام مع ذكر الشرط لا يكون إرسالاً أصلاً.

٥٢٧٧- ولو قال لها: أنت طالق ثم إن دخلت الدار، فإنه يقع الطلاق عليها للحال، ولو نوى التعليق لا يصح نيته أصلاً، وأما إذا نوى المقارنة بأن نوى وقوع الطلاق مقروناً بالدخول الدار، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة في شيء من الكتب، وكان القاضي أبو الهيثم[1] رحمه الله تعالى يحكي عن القضاة الثلاثة أنه يصح نيته فيما بينه وبين ربه؛ لأنه نوى ما يحتمله؛ لأن كلمة "ثم" تذكر ويراد به الجمع والمقارنة بين الشيئين مجازاً، قال الله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾[3]، ثم قال: ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا﴾[4]، وكان المراد من ذلك الجمع والمقارنة. فإن فك الرقبة إنما يقع إذا كان معه إيمان. وعامة مشايخنا رحمهم الله تعالى على أنه لا يصح نيته؛ لأن كلمة "ثم" لغة للترتيب على سبيل التراخي، لا للمقارنة ولا للجمع، وفي الآية ما ثبت الجمع والقران بكلمة "ثم"، وإنما ثبت بكلمة "كان" لقوله: ﴿ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا﴾[5] لأن كلمة "كان" يعبر بها عن الماضي، يعني مع وجود هذه الأفعال كان مؤمناً من قبل.

نوع آخر في بيان حروف الشرط:

يجب أن يعلم أن حروف الشرط: إن، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، ومن، وما، وكل، وكلما. هذا هو المذكور في كتب عامة المشايخ رحمهم الله تعالى. وذكر القدوري أن شروط الأيمان ستة: إن، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، وكلما، قال: والأصل كلمة "إن"،

(١) هكذا في ب.

(٢) وفي ب: أبو القاسم

(٣) البلد: ١٣

(٤) البلد: ١٧.

(٥) البلد: ١٧

يبطل اليمين ، حتى لو تزوجت بزوج آخر ، وعادت إلى الزوج الأول وفعلت ذلك الفعل ، لايقع الطلاق . أما تكرر الطلاق ؛ لأن كلمة "كلما" تقتضي تكرار ما دخلت عليه من الأفعال لما تبين ، وأما بطلان اليمين باستيفاء طلقات هذا الملك ؛ لأن اليمين انعقدت على الملك القائم ؛ لأنه لم يضفها إلى ملك يوجد في المستقبل .

٥٢٨١- قلنا : وبالملك القائم لا يملك إلا ثلاث تطليقات ، فإذا استوفاها تبطل اليمين ؛ لأن اليمين إنما تعقد على ما يملك إيقاعه ، لا على ما لا يملك إيقاعه . ولو كان أضاف الطلاق إلى الملك الثاني ، أو إلى كل ملك بكلمة "كلما" بأن قال لامرأة : كلما تزوجتك فأنت طالق ، فتزوجها مرة بعد مرة أخرى حتى وقع ثلاث تطليقات ، فتزوجت بزوج آخر ، ثم تزوجها الزوج الأول تطلق أيضاً ؛ لأن في هذه المسألة أضاف الطلاق إلى كل ملك يوجد منه ، وطلاق الملك الأول ، وإن ذهب ، فطلاق الثاني والطلاق الثالث لم يذهب ، فيبقى اليمين على الملك الثاني والثالث .

٥٢٨٢- ولو قال : كل امرأة أتزوجها ، فهي طالق ، فتزوج نسوة ، طلقن ، ولو تزوج امرأة واحدة مراراً لم تطلق إلا مرة واحدة ، وفرق بين قوله : كل امرأة أتزوجها ، وبين قوله : كلما تزوجت امرأة ، فإن هناك لو تزوج امرأة مراراً طلقت في كل مرة .

والفرق أن كلمة كلما وكلا يوجبان التعميم ؛ لأن كل موضوعه للتعميم ؛ لأن ضد البعض والبعض للخصوص فضده ، وهو الكل ، يكون للعموم غير أن كلمة كلما توجب عموم الأفعال نصاً وضعاً ، وعموم الأسماء ضرورة عموم الأفعال ؛ لأنها تصحب الأفعال ، ولا تصحب الأسماء .

ألا ترى أنه يقال : كلما ذهب ، وكلما قام ، ولا يقال : كلما رجل ، وكلما امرأة ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾[1] وقوله تعالى : ﴿كُلَّمَا أُلْقِيَ فِيهَا فَوْجٌ سَأَلَهُمْ خَزَنَتُهَا﴾[2] ، وإذا أوجبت[3] عموم الأفعال دخل تحت اليمين كل تزوج يوجد منه ، فيحنث بكل تزوج يوجد منه ، أما كلمة كل توجب عموم الأسماء [لأنها تصحب الأسماء][4] ، قال الله تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾[5] ، ويقال : كل رجل ،

---

(١) النساء : ٥٦ .

(٢) الملك : ٨ .

(٣) كلمة كلما .

(٤) أثبت من نسختي "ب" و "ب" .

الحنث فيه.

قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: المختار أن في قوله: هر كاه وهر زمان لا يقع الحنث إلا مرة واحدة، وفي قوله: هر بار يتكرر الحنث.

٥٢٨٨ - ولو قال: أي امرأة أتزوجها، فهي طالق، يقع على امرأة واحدة إلا أن ينوي العموم، هكذا قيل: وكان ينبغي أن لا يصح نية العموم فيه؛ لأن هذه الكلمة لا تحتمل العموم.

قال أهل اللغة والنحو: كلمة أي تتناول جزءاً من جملة ما أضيف إليه هذه الكلمة غير عين.

ألا ترى أنه لا يستقيم، وإن فعل الجماعة بها لا يستقيم أن يقال: أي الرجال أتاك غير أنه صح نية العموم باعتبار أن تعرف في بعض المواضع.

٥٢٨٩ - وذكر في «المنتقى»: أن كلمة «أي» يتناول كل امرأة وصفت بصفة عامة؛ وفي «المنتقى»: إذا قال: أي امرأة أتزوجها، فهي طالق، وهند وعمرة امرأة الحالف، فتزوج امرأة طلقت هي وعمرة، فإن تزوج امرأة أخرى بعد ذلك طلقت هي، ولا تطلق عمرة ولا يعود الحنث في عمرة مرتين.

وقيل: يقع على كل امرأة واحدة، وإذا قال: أية امرأة زوجت نفسها مني، فهذا على كل امرأة؛ لأن النكرة وصفت بصفة عام، فيعم بخلاف قوله: أية امرأة أتزوجها، فقوله: أية امرأة زوجت نفسها مني بمنزلة قوله: أي عبيدي ضربك فلان، وقوله: أية امرأة أتزوجها بمنزلة قوله: أي عبيدي ضربته يا فلان، وسيأتي مسألة الضرب في كتاب الأيمان إن شاء الله.

٥٢٩٠ - ولو قال: وكدام زن كه مرني كنم، فهذا يقع على كل امرأة مرة واحدة، هكذا ذكر النسفي في فتاواه.

وذكر الصدر الشهيد في «واقعاته» أنه يقع على امرأة واحدة، ولو قال: هر چه برني كنم، فهي طالق فهذا يقع على امرأة واحدة [مرة واحدة][1].

نوع آخر في لو ولولا إذا شرطاً:

٥٢٩١ - إذا قال لامرأته: أنت طالق لو دخلت الدار، لم تطلق حتى تدخل؛ لأن لو بمعنى الشرط، فإنه يستعمل لأمر مترقب، فصار بمعنى الشرط الذي هو مترقب الثبوت،

(١) أثبت من ب.

فيوقف عليه.

٥٢٩٢ - وعن أبي يوسف: إذا قال لها: أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك، فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقنها إن دخلت الدار وهو بمنزلة قوله: عبدي حر لو دخلت الدار لأضربنك، فهذا حلف بعتق عبده ليضربها إن دخلت الدار، فإن دخلت الدار في مسألة الطلاق لزمه أن يطلقها، فإن ماتت، أو مات هو، فقد فات الشرط في آخر جزء من أجزاء الحياة [فيقع الطلاق، كما في قوله: إن لم آت البصرة، فأنت طالق، فمات قبل أن يأتيها طلقت في آخر جزء من أجزاء الحياة][1].

٥٢٩٣ - قال محمد: إذا قال لامرأته: أنت طالق لولا دخولك الدار، فهذا استثناء، ولا يقع الطلاق عليها، وكذلك لو قال: لولا مهرك علي.

والأصل في جنس هذه المسائل أن لولا مستعمل لامتناع الشيء لوجود غيره، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾[2] فيصير تقدير الكلام امتنع وقوع الطلاق عليك لمكان مهرك علي، ولمكان دخولك الدار.

٥٢٩٤ - وقول محمد في الكتاب: وهذا استثناء معناه أن هذا بمعنى الاستثناء، فإنه يمنع ثبوت موجب الكلام كالاستثناء، نوع آخر في حرف الباء، إذا جعل شرطاً إذا قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني، أو قال: إلا برضاي، أو قال: إلا بعلمي، أو قال لها: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار بغير إذني، فهو سواء؛ لأن كلمة إلا وغير للاستثناء.

والجواب فيهما أن الإذن مرة لا ينهي اليمين حتى لو أذن لها بالخروج مرة، وخرجت ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه طلقت، وإنما كان كذلك؛ لأن كلمة الاستثناء دخلت على الخروج، لا على الحرمة الثابتة باليمين؛ لأن محل الاستثناء ما هو متعدد؛ لأن الاستثناء موضوع لاستخراج البعض، وذلك إنما يتحقق فيما هو متعدد، والخروج متعدد.

أما الحرمة الثابتة باليمين غير متعددة، فإذا قال لها: إن خرجت فقد منعها عن جميع الخروجات، واستثنى خروجاً موصوفاً بإذنه، فإذا وجد الخروج بإذنه، كان مستثنى عن اليمين، فلا تطلق، وإن وجد الخروج بغير إذن لم يكن مستثنى عن اليمين فتطلق، وهو نظير ما لو قال لها: إن خرجت من هذه الدار إلا بملحفة فأنت طالق، فخرجت بغير ملحفة طلقت، وطريقه

(١) سقط من ب.

(٢) هود: ٩١.

ما قلنا.

والحيلة للزوج في ذلك أن يقول لها: كلما شئت الخروج، فقد أذنت لك. فإن أذن لها بالخروج في كل مرة، ثم نهاها عن الخروج، قال محمد: يعمل نهيه، وقال أبو يوسف: لا يعمل، وأجمعوا على أنه لو أذن لها بالخروج مرة، ثم نهاها أنه يعمل نهيه.

٥٢٩٥ - ولو قال لها: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى آذن لك، فأذن لها مرة بالخروج ينتهي اليمين، حتى لو خرجت بعد ذلك بغير إذن لا تطلق؛ لأن كلمة حتى غاية، وقد دخلت على ما يقبل التأقيت، فإن اليمين تقبل التأقيت بوقت.

ألا ترى أن من قال لامرأته: أنت طالق إن خرج فلان من هذه الدار حتى الليلة، أو قال: إلى الليلة، كان اليمين موقتة، إذا ثبت هذا، فنقول: الزوج جعل ليمينه غاية، وهو الإذن، فلما وجد الإذن مرة، فقد وجدت الغاية، فينتهي اليمين، ولا تطلق بعد ذلك، وإن خرجت بغير إذنه وإن عنى بقوله: حتى آذن إلا بإذني صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي القضاء لأنه نوى ما يحتمله كلامه، وفيه تغليظ عليه، وإن عنى بقوله: إلا بإذني حتى آذن صحت نيته ديانة لا قضاء، ذكر المسألة في الجامع من غير ذكر خلاف، وذكر القدوري أن على قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف [يصح نيته في القضاء، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف][1] لا تصح نيته في القضاء. والوجه لهم: أن التكرار ما ثبت بصريح اللفظ، بل بدلالة حرف الباء، فإذا نوى مرة واحدة فقد نوى صريح اللفظ، فيصدقه القاضي في ذلك.

٥٢٩٦ - ولو قال لها: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار، إلا أن آذن لك، فهذا وما لو قال: حتى آذن لك سواء، حتى ينتهي اليمين بالإذن مرة.

٥٢٩٧ - إذا قال لها: إن خرجت من هذه الدار من غير إذني فأنت طالق، فأذن لها بالعربية، وهي لا تعرف العربية[2]، فخرجت تطلق؛ لأن العلم شرط تحقق الإذن ولم يوجد ونظير هذا ما لو أذن لها وهي نائمة أو غائبة، هكذا ذكر في «الزيادات»، وفي أيمان القدوري: إذا أذن لها وهي نائمة، فهو إذن، وفي أيمان «الأصل»: إذا أذن لها من حيث لا تسمع لم يكن إذناً.

٥٢٩٨ - وفي «القدوري»: إذا أذن لها من حيث لا تسمع لم يكن إذناً، وإن خرجت

---

(١) أثبت من: ف.

(٢) أثبت من: ف، و، م.

بعد ذلك تطلق[1] في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . وقال أبو يوسف : هو إذن ، ولو خرجت بعد ذلك لا تطلق . فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول : الإذن يقوم بالإذن وحده وقد وجد ، فهو بمنزلة ما لو أذن لها وهي نائمة . وهما قالا : الإذن مشتق من الأذان وهو الإعلام ، ومعنى الإعلام لا يحصل إلا بوصول الكلام إلى سمعها ، بخلاف ما إذا أذن لها وهي نائمة ؛ لأن هناك وصل الكلام إلى سمعها ، إلا أنه لم يحصل لها العلم لمانع ، فهو بمنزلة ما لو أذن لها وهي [غافلة][2] . وحكي عن ابن شجاع أنه لا خلاف في هذه المسألة ، وإنما الخلاف في الأمر ، إلا أن أبا سليمان حكى الخلاف في الإذن .

٥٢٩٩ - وفي « المنتقى » : إذا قال لامرأته ، أنت طالق إن خرجت إلا بأمري ، فالأمر أن يسمعها الأمر بنفسه أو رسوله ، وإن شهد قوما على ذلك لم يكن أمرا . قال ثمة : وهذا بخلاف الإذن على أصله ؛ لأن حكم الأمر لا يثبت إلا بعد علم المأمور كأوامر الشرع بخلاف الإذن ؛ لأن المقصود من الإذن أن لا يكون الخروج مع كراهيته ، وانعدام كراهيته لا يتوقف على علمها ، فلو أن هؤلاء الذين أشهدهم الزوج على الأمر ، بلغوها أن الزوج قد أمرها بالخروج ، إن لم يأمرهم أن يبلغوها ، فخرجت [فهي طالق . وإن أمرهم أن يبلغوها ، فخرجت][3] بعد ذلك لا تطلق . وفي الإرادة ، والهوى ، والرضا ، لا يشترط سماعها رضا [وإن أذنه][4] ، حتى لو خرجت بعد ما قال : رضيت ، أردت ، هويت ، لا تطلق وإن لم تسمع هي ذلك بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الإذن والأمر .

٥٣٠٠ - وفي هذا الموضع أيضًا : إذا قال لها : إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني فأنت طالق ، ثم سمع سائلا ، فقال لها : أعطي هذا السائل هذه الكسرة ، فإن كان السائل بحيث لا تقدر المرأة على دفع ذلك إليه إلا بالخروج ، فهو أذن لها بالخروج . وإن كان السائل بحيث تقدر المرأة على دفع ذلك إليه من غير خروج ، فهنا لا يكون إذنًا لها بالخروج . وإن كان السائل وقت الأمر بالإعطاء بحيث تقدر المرأة على دفع ذلك إليه من غير خروج ، ثم خرج السائل إلى الطريق ، فخرجت إليه وأعطته طلقت ، ولو دعته فجاء حتى صار بحال تقدر المرأة على الدفع إليه من غير خروج ، فلم تدفع إليه حتى انصرف ، فخرجت إليه ودفعت ذلك إليه طلقت

---

(١) وفي ب و ... و م : طلقت

(٢) هكذا في ب ز ف و م ، وكان في الأصل . نائمة

(٣) أثبت من ب و م .

(٤) هكذا في ب و م ، وكان في الأصل و ف : وإرادته.

يكون لا إلى منزل أحد، فلم يكن من ضرورة الإطلاق في الخروج الإطلاق في جهة الزوج. فلا يكون الخروج إلى منزل أبيه داخلاً تحت الإذن، فلهذا لا يحنث.

٥٣٠٥ - وإذا قال لعبده: إن اشتريت هذا العبد بغير إذني فامرأتي طالق، ثم أذن له في التجارة، واشترى بعد ذلك العبد طلقت امرأة المولى. ولو قال له: أذنت لك في شراء العبيد فاشترى هذا العبد لا تطلق امرأة المولى؛ لأن الإذن إذن عام أو مطلق، فيتناول شراء العبد بعمومه أو بإطلاقه. فأما الإذن إذن خاص بعبد غائب، ولا يتناول الرقيق بحقيقته. ولكن صار مأذوناً في التجارات كلها، حكماً بالإذن مضمر منه حقيقة، فلا يتحقق شرط الحنث نظراً إلى الحقيقة.

٥٣٠٦ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل حلف بطلاق امرأته أن لا يشرب شيئاً إلا بإذن فلان، أو لا يأكل طعاماً إلا بإذن فلان، فإنه هذا الإذن على شربة واحدة وعلى أكلة واحدة.

٥٣٠٧ - رجل قال: امرأتي طالق إن دخلت هذه الدار إلا أن يأمرني فلان، فهذا على الأمر مرة واحدة. ولو قال: إلا أن يأمرني به فلان، فلا بد من الأمر في كل مرة. وعلى هذا إذا قال لغيره: إن جلست ثمة كذا إلا أن يأمرني فلان، فهذا على الأمر مرة، ولو قال: إلا أن يأمرني به فلان، فلا بد من الأمر في كل مرة. والأصل أن الحالف إذا وصل الأمر بالفعل المحلوف عليه بحرف الباء يشترط الأمر في كل مرة، وإذا ذكر الأمر مطلقاً يكتفى بالأمر مرة واحدة.

٥٣٠٨ - ولو قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني، فأنت طالق. ثم قال لها: أطيعي فلاناً في جميع ما أمرك به، فأمرها فلان بالخروج، فخرجت طلقت من قبل أن الزوج لم يأذن لها بالخروج، وكذلك الجواب لو قال الزوج لرجل: ائذن لها في الخروج، فأذن لها فخرجت طلقت. وكذلك[1] لو قال ذلك الرجل: إن زوجك قد أذن لك، وكذلك لو قال لها الزوج: ما أمرك به فلان، فقد أمرتك، ثم أذن لها فلان بالخروج[2]، فخرجت طلقت، ولو قال الزوج لرجل: قد أذنت لها بالخروج، فأعلمها ذلك، فخرجت لم تطلق.

٥٣٠٩ - قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار بغير علمي فأنت طالق، فخرجت وهو يراها فلم يمنعها أو لم يمنعها لم تطلق؛ لأنها خرجت بعلمه. وفي «المنتقى»: إذا قال لها: إن

(١) وفي م: «وكذلك الجواب».

(٢) وفي م: «بالخروج فعلمته، ثم أذن لها فلان بالخروج، فخرجت طلقت».

خرجت من هذه الدار بغير علمي فأنت طالق، فأذن لها في الخروج، فخرجت بغير علمه لا تطلق؛ لأن غرضه أن لا تخرج بغير رضا.

٥٣١٠- وفي "القدوري": إذا قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني[1] فأنت طالق، ثم قال لها: إن فعلت كذا [فقد أذنت لك][2] لا يكون إذنًا. ولو قال لها: أذنت لك أبدًا أو الدهر، أو كلما شئت، فهو إذن لها في كل مرة. ولو قال لها: أذنت لك عشرة أيام، كان لها أن تخرج في العشرة ما شاءت، ولو غضبت وتهيأت للخروج، فقال الزوج: دعوها تخرج، ولا نية له لم يكن إذنًا، إلا إذا نوى الإذن. ولو قال لها في غضبه: اخرجي، ولا نية له كان على الإذن، إلا إذا نوى اخرجي حتى تطلقي؛ لأن الأمر قد يقصد به التهديد [فقد][3] نوى ما يحتمله لفظه. وفيه تشديد عليه.

٥٣١١- ولو حلف على امرأته بطلاقها أن لا تخرج من الدار إلا بإذنه، أو حلّف السلطان رجلًا أن لا يطلق امرأته أن لا تخرج من البلدة إلا بإذنه، أو حلّف صاحب الدين مديونه أن لا يخرج من البلدة إلا بإذنه، فاليمين مقيّدة بحال قيام الزوجية، والسلطنة، والدين. فإن بانت[4] المرأة، وعزل السلطان، وسقط الدين، سقطت اليمين، ثم لا تعود أبدًا وإن عادت الولاية للزوج والسلطان [وعادت الدين].

٥٣١٢- وفي "المنتقى" عن أبي يوسف: سلطان حلّف رجلًا أن لا يخرج من هذا المسجد إلا بإذنه، ثم عزل السلطان[5] فقد سقط اليمين، وإن فات[6] فاليمين على حالها.

٥٣١٣- رجل خرج مع الوالي، وحلف بالطلاق أن لا يرجع إلا بإذنه، فسقط منه شيء فرجع لذلك، لا تطلق؛ لأن هذا الرجوع لا يراد باليمين عرفًا.

٥٣١٤- وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: فيمن حلف بطلاق امرأته أن لا يخرج من بغداد إلا بإذنه، فقال الرجل: قد أذنت لك، وادّعت المرأة الإذن، فالقول قول الزوج.

٥٣١٥- ولو قال: امرأته طالق إن خرجت من الدار إلا بإذن فلان، فمات فلان قبل

---

(1) هكذا في "ب" و"ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: بغير علمه، فأنت طالق إلا بإذني، وهذا خطأ.

(2) هكذا في "ب" و"ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: فأنت طالق.

(3) هكذا في "ب" و"ظ" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: فلو.

(4) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل و"م": ماتت.

(5) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(6) وفي "ب" و"ظ" و"م": مات.

الإذن، بطلت اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لأبي يوسف.
والأصل عندهما أن اليمين إذا انعقدت على شيء في المستقبل، ففات المعقود عليه أن اليمين يبطل، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يبطل، وسيأتي الكلام فيه في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى. وفي "الفتاوى": إذا قال لها: إن خرجت من هذه الدار بغير إذني فأنت طالق، فقالت المرأة للزوج: تريد أن أخرج حتى أصير مطلقة؟ فقال الزوج: نعم، فخرجت تطلق؛ لأن هذا تهديد وليس بإذن.

نوع آخر في ذكر مسائل الشرط بكلمة "إن" و"إذا":

٥٣١٦- [ذكر](١) شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح كتاب الحيل: إذا وهب الرجل لرجل مالاً، ثم إن الواهب قال للموهوب له: امرأتي طالق ثلاثًا إن أنفقت هذا المال الذي وهبت لك إلا على أهلك، ثم إن الموهوب له أنفق بعض هذه الهبة على أهله، وقضى بالباقي دينًا عليه، أو حج لا تطلق امرأة الواهب؛ لأنه جعل شرط بره إنفاق جميع الهبة على أهله، فيكون شرط حنثه ضد ذلك، وهو إنفاق جميع الهبة على غير أهله، ولم يوجد ذلك هنا.

قال: وهو نظير ما لو حلف لا يأخذ ماله على فلان إلا جميعًا، وأخذ البعض دون البعض لا يحنث؛ لأن شرط بره أخذ جميع الدين جملة، فيكون شرط حنثه ضده، وهو أخذ جميع الدين متفرقًا، وستأتي هذه المسألة وأشباهها في كتاب الأيمان مع أجناسها إن شاء الله تعالى.

٥٣١٧- إذا قال لامرأته: إن أكلت من القدر التي تطبخين أنت، فأنت طالق، فإن أوقدت هي النار؛ فهي طابخة، سواء حصل الإيقاد بعدما وضعت القدر على الكانون، أو في التنور، أو قبل ذلك، وسواء حصل وضع القدر على الكانون منها أو من غيرها، وإن أوقدت النار غيرها فهي ليست بطابخة، حصل الإيقاد بعدما وضعت هي القدر على الكانون، أو قبل ذلك. وإليه أشار في "القدوري" حيث قال: الطابخة التي توقد النار دون التي تنصب القدر، وتصب الماء، وتلقي الأبازير، واختيار الفقيه أبي الليث أنها تكون طابخة إذا وضعت القدر في التنور، أو على الكانون بعد إيقاد النار، وإن حصل الإيقاد من غيرها، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: هو الواقعة وعليه الفتوى، قال: ألا ترى أن في العادة التنور إذا كان في سكة، توقد النار فيها امرأة واحدة، ثم توضع كل امرأة قدرها في التنور، ويعد ذلك من كل

(١) هكذا في "ب" و"م"، وكان في الأصل: "قال".

٥٣٢١ - وفي الفتاوى: سئل أبو القاسم عن امرأة قالت لزوجها: لا طاقة لي بالكون معك جائعة، فقال لها: إن كنت جائعة في بيتي، فأنت طالق ثلاثاً، قال: إذا لم يكن كذلك في غير الصوم لا تطلق.

٥٣٢٢ - وسئل هو عن امرأة خرجت إلى ضيعة، فقال الزوج لها: إن مكثت هناك أكثر من ثلاثة أيام، فأنت طالق، فرجعت في اليوم الثالث إلى قرية زوجها، ثم رجعت ومكثت هناك أياماً، قال: لا أفتي بالطلاق غير أن الاحتياط فيه أولى. وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن دخلت عمران قرية الزوج، ثم رجعت لا تطلق، وإن لم تدخل قريته ينبغي أن تطلق؛ لأن شرط الحنث المكث هناك أكثر من ثلاثة أيام في هذا الخروج من هذه القرية بدلالة الحال، فأما إذا دخلت عمران قرية الزوج، ثم رجعت فهذا مكث في خروج آخر. وفيما إذا رجعت قبل أن تدخل عمران قرية الزوج، فهذا مكث في الخروج الأول.

٥٣٢٣ - وفي الفتاوى أيضاً: رجل خرجت امرأته إلى قرية كذا، فقال لها بالفارسية: اكر بيش از سه روز باشي، فأنت طالق. فانصرفت المرأة في اليوم الثالث إلى قرية أخرى، ثم انصرفت إليها، وأقامت بها أياماً. فإن كان انصرافها من تلك القرية على أن لا تعود، ثم عادت لا تطلق، وإن كان انصرافها على أن تعود، ثم عادت تطلق؛ لأن شرط الحنث الكينونة في تلك القرية أكثر من ثلاثة أيام في هذه الخرجة[1]، وهي خرجت من تلك القرية على أن تعود إليها، فالكينونة الأولى باقية، وفي المسألة الأولى لم يذكر مثل هذا التفصيل[2].

٥٣٢٤ - وسئل أيضاً عمن قال لامرأته: إن لم أشبعك من الجماع، فأنت طالق؟ قال: لا يعرف وقت إلا بفعلهما، وقال الفقيه أبو الليث وشيخ الإسلام[3] أبو حفص البخاري رحمهما الله تعالى: إنه إن جامعها ودام على ذلك حتى أنزلت، فقد أشبعها ولا تطلق، قال الفقيه: وبه نأخذ. وفي فتاوى الفضلي: إن لم أطأك كالدق فأنت طالق ثلاثاً، فهذا على المبالغة في الجماع، فإن بالغ لم تطلق وإلا تطلق. وفي الجامع الأصغر: أن الجماع كالدق هو أن ينزلا جميعاً في ذلك الجماع. إذا قال لها: إن لم أطأك مع هذه المقنعة، فأنت طالق ثلاثاً، فالحيلة في ذلك أن يطأها بغير مقنعة، ولا يقع الطلاق ما دامت المقنعة قائمة وهما حيان،

---

(١) وفي ... في هذه الخرجة، وهي خرجت من تلك القرية على أن لا تعود لم يبق الكينونة في تلك القرية. وهي خرجت من تلك القرية على أن تعود إليها، فالكينونة الأولى باقية.

(٢) وفي ... مثل هذا الكينونة تفصيل.

(٣) وفي ... : وشيخ الإسلام.

معنى أنه أراد بقوله: إن شتمتني غير اللعن، وإن كان اللعن شتمًا في العرف. ولو قالت: لا بارك الله فيك لا تطلق؛ لأن هذا ليس بشتم، بل دعاء بسوء، وكذلك لو قالت له: يا جاهل، يا حمار، يا أبله، لا تطلق؛ لأن هذا ليس بشتم. ولو قال لها: إن شتمتك فأنت طالق، فقال: يا غراب سياه، فهذا شتم عرفًا وإن كان لا يجب به الحد، فتطلق بحكم العرف. ولو قال لها: إن شتمتني فأنت طالق، فقالت المرأة لولدها الصغير منه: أي بدرجه، ينظر إن قالت ذلك لكراهة من الولد لا تطلق(١)؛ لأنها شتمت الولد دون الوالد، وإن قالت ذلك لكراهة من الوالد تطلق؛ لأن هذا شتم للوالد، وهذا لأن هذا اللفظ يصلح لشتم الولد وشتم الوالد، فيرجح جانب شتم الولد في الفصل الأول، وجانب شتم الوالد في الفصل الثاني.

٥٣٢٩- قال لامرأته: إن أغضبتك فأنت طالق، فضرب صبيًا لها فغضبت، ينظر إن ضربه في شيء ينبغي أن يضربه ويؤدب عليه لا تطلق؛ لأن هذا ليس موضع الغضب، وإن ضربه في شيء لا ينبغي أن يضربه ويؤدب عليه تطلق؛ لأن هذا موضع الغضب.

٥٣٣٠- إذا قال لامرأته: إن لم أبلغ منك كل قبيح في الدنيا غدًا، فأنت طالق، فهذا اليمين لا يقع على جميع أنواع القبيح؛ لأنه لا يتصور عادة، وإنما يقع على ثلاث من أنواع القبيح، وهو يعني، فإذا فعل ثلاثًا من أنواع القبائح والفواحش عند أحدهما منها يقع البر.

٥٣٣١- قال لها: إن لم تكنسي أجور عيني من التراب، فأنت طالق، اسمان بها المتهانة بعد إن إطلاعها لا يحنث؛ لأنه أجور عينيه من التراب عادة.

٥٣٣٢- دعا امرأته إلى الفراش، فقالت المرأة: ما تصنع بي ويكفيك فلانة، لامرأة أجنبية، فقال الزوج: إن كنت أحبها فأنت طالق، تكلموا فيه، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: والمختار أنه لا يقع الطلاق وإن كان يحبها، ما لم يقل الزوج: أحبها؛ لأن الطلاق معلق بالإخبار عن المحبة.

٥٣٣٣- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل هدد رجلا بالسلطان، فقال المهدد: إن كنت أخاف من السلطان، فامرأتي طالق، إن لم يكن به سعة ما حلف جوزت من السلطان، ولا يجد سبيلا من الخوف بجناية جناها يخاف من مثلها السلطان، رجوت أن لا تطلق امرأته؛ لأن الأمر كما زعم. أو قال لامرأته: إن لم تحرري جنادكة تا تكون ...

(١) وفي ب: [illegible] لا يقع الطلاق.

ثم يتزوجها فقال : إن كان أراد بقوله : فيكون شرده أن يتزوجها طلقت ثلاثاً ؛ لأن الشرط في الطلاق قد تحقق وهو التزوج ، وإن كان أراد بقوله : فيكون شرده أن تصير حلالاً له لا تطلق ؛ لأنها صارت حلالاً له قبل التزوج حال ما انقضت عدتها من الزوج ، فلم ينعقد اليمين ؛ لأنها عقدت على شرط موجود ، فيكون إيقاعاً في الحال لا يمينا [وهي في الحال][1] ليست بمنكوحة له ، وليست في عدته . وهذا الجواب مستقيم فيما إذا أراد بقوله : حلالاً شرده حل التزوج ، أما إذا أراد به حل الوطء بالتزوج ، ينبغي أن تطلق ؛ لأن اليمين حينئذ يكون مضافاً إلى التزوج ، فينعقد وينحل عند التزوج .

٥٣٤٣ - وفيه أيضاً : إذا قال لها : إن تزوجت عليك ما عشت ، فحلال الله علي حرام ، ثم قال لها : إن تزوجت عليك ، فالطلاق علي واجب ، ثم تزوج عليها امرأة ، قال : يقع على كل واحدة تطليقة ، ويقع تطليقة أخرى ، يصرفها إلى أيتهما شاء ؛ لأن اليمين الأولى انصرفت إلى الطلاق عرفاً ، فتنصرف إلى طلاق كل واحدة منهما ، واليمين الثانية يمين بطلاق واحدة منهما ، فإذا تزوج امرأة انحلت اليمينان ، فيقع باليمين الأولى على كل واحدة تطليقة ، ويقع باليمين الثاني طلاق إحداهما ، فيصرفه الزوج إلى أيتهما شاء . هكذا أجاب في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى ، وفيه نظر ، وينبغي أن لا تطلق باليمين الثانية ؛ لأن اليمين الثانية تعليق إيجاب الطلاق بالتزوج ، وتعليق إيجاب الطلاق بالشرط لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق ، وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما يصرفه الزوج إلى أيتهما شاء ؛ لأن اليمين الأولى لما انصرفت إلى الطلاق ، صار كأنه قال : زن او را طلاق ، ومن قال : زن او را طلاق وله امرأتان ، يقع الطلاق على إحداهما على ما ذكرنا قبل هذا ، فههنا يجب أن يكون كذلك .

٥٣٤٤ - إذا قال لامرأته في حالة الغضب : إن فعلت كذا إلى خمس سنين تصيري مطلقة مني ، وأراد بذلك تخويفها ، ففعلت ذلك الفعل قبل انقضاء المدة التي ذكرها ، فإنه يسأل الزوج هل كان حلف بطلاقها ؟ فإن أخبر أنه كان حلف يعمل بخبره ، ويحكم بوقوع الطلاق عليها ، وإن أخبر أنه لم يحلف ، يقبل قوله ؛ لأن قوله : تصيري مطلقة محتمل ، ويحتمل تصيري مطلقة بيمين قد سبقت ، ويحتمل تصيري مطلقة بإيقاع مستأنف يكون مني ، معناه : إن فعلت أطلقك لا محالة ، فيقبل قوله في ذلك .

٥٣٤٥ - وفي فتاوى شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى : إذا قال لامرأته : إذا

---

[1] ما بين المعقوفين من النسخ التي عندنا ، وليس في الأصل ، وهو في ظ .

دخلت الدار صرت مطلقة، فدخلت وقال الزوج : أردت تخويفها، لا يصدق.

٥٣٤٦ - إذا قال لامرأته : إن طلقتك، فأنت طالق، وإن لم أطلقك، فأنت طالق، فلم يطلقها حتى مات، طلقت ثنتين؛ لأنه لما لم يطلقها حتى مات، فقد تحقق شرط وقوع الطلاق باليمين الثانية، ووقع عليها تطليقتين باليمين الثانية، وبعد ذلك يتحقق وقوع شرط الطلاق باليمين الأولى أيضاً، فلهذا قال : طلقت تطليقتين. ولو بدأ، فقال : إذا لم أطلقك فأنت طالق، وإذا طلقتك فأنت طالق ثلاثاً، فمات قبل أن يطلق، فهي طالق واحدة.

٥٣٤٧ - في "جامع إسماعيل بن حماد" : وإذا قال لها : أنت طالق إن لم أطلقك، إن طلقتك، فأنت طالق، فهي امرأته حتى يموت، فإن طلقها طلقت ثنتين، وإن لم يطلقها طلقت واحدة إذا مات أو ماتت.

٥٣٤٨ - إذا قال لامرأته ولم يدخل بها : إن خلوت بك، فأنت طالق [فخلا بها][1] طلقت وعليه نصف المهر، هكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه صار مطلقاً لها في أول الخلوة، في حال لا يقدر على وطئها إلا بعد الطلاق.

٥٣٤٩ - إذا قال : إن خطبتُ فلانة، أو قال : كل امرأة أخطبها [فهي طالق][2]، فاليمين لا تنعقد، حتى لو تزوج فلانة في الصورة [الأولى، أو تزوج امرأة في الصورة][3] الثانية لا تطلق، لأن الخطبة غير العقد[4]، وهي تسبق العقد، فلا يكون هو بهذا اللفظ مضيفاً الطلاق إلى الملك، فلا ينعقد اليمين.

وهذا في لسان العربية؛ وأما بالفارسية إذا قال : اكر فلانة را بخواهم، أو قال : هر زني كه بخواهم، ففي كل موضع يكون هذا اللفظ منهم تفسيراً للخطبة لا تنعقد اليمين أيضاً، وفي كل موضع يريدون بهذا اللفظ التزويج ينعقد اليمين إذا كان مراده هذا، ويقع الطلاق إذا تزوجها، هذه الجملة مذكورة في شرح "كتاب الحيل" لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى.

وفي عرف ديارنا قوله : بخواهم، تفسير قوله : نكحت أو تزوجت، فينعقد اليمين. ولو قال : اكر فلانة را خواهم كه بزني كنم، فهذا تفسير الخطبة في عرفنا، فلا ينعقد اليمين بهذا

(١) هكذا في بعض النسخ التي عندنا، وكان في الأصل : ثلاثاً

(٢) أثبت من ... و ب

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ...

(٤) وفي م : غير تعقد.

انتقض، حتى لو تزوّجها لا يقع الطلاق.

٥٣٥٠- ولو قال بالفارسية: اكر دختر فلان مرا دهند او را طلاق، فتزوّجها لا تطلق؛ لأنه لم يذكر النكاح. ولو قال: بزني دهند، والمسألة بحالها، إذا تزوّجها تطلق، هكذا ذكر الفضلي في فتاواه. ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا تطلق في الوجهين؛ لأن اليمين عقدت على التزويج، فينحل اليمين بالتزويج قبل الدخول في نكاحه [وهو نظير ما لو قال لامرأة: إن جلست في نكاحك فأنت طالق، فحبس ثم تزوّجها لا تطلق؛ لأن اليمين انحلت قبل الدخول في نكاحه](١).

وقد قيل: ينبغي أن تطلق في الوجهين جميعًا؛ لأن شرط الحنث وإن كان هو التزويج، إلا أن تمام التزويج تزوّجه، وعند ذلك هي في نكاحه، وسيأتي بعد هذا مسألة ذكرها محمد رحمه الله تعالى في «كتاب الحيل» تؤيد هذا القول، والجواب في قوله: اكر دختر فلان مرا بزني داده شود او را طلاق، نظير الجواب في قوله: اكر دختر فلان بمن بزن دهند. إذا قال: إن ضربت امرأتي فهي طالق، فخرج منه الضراط من غير قصد، لا تطلق امرأته؛ لأن يمينه وقعت على العمد، فهو نظير ما لو حلف أن لا يدخل فأدخل مكرهًا، أو حلف أن لا يخرج فأخرج مكرهًا.

٥٣٥١- قال لامرأته: إن اشتريت جارية فدخلت عليك الغيرة فأنت طالق، فهذا على وجود الغيرة وقت الشراء لا بعده، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: شرط لوقوع الطلاق أن تظهر الغيرة بلسانها، أما لو دخلت في قلبها غيرة، ولم تظهر بلسانها لا تطلق.

٥٣٥٢- وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: إن سررتك فأنت طالق، فضربها فقالت: سرّني ذلك، قال: هذا لا يكون على الضرب، وإنما هذا على ما يسرها به: فإن أعطاها ألف درهم، فقالت: لم يسرّني، قال: فالقول قولها، قال الفقيه أبو الليث: لأنه يحتمل إنها كانت تطلب ثنتين، فلم تسرها الألف.

٥٣٥٣- وفي «المنتقى»: رجل قال لامرأته: أنت طالق إن كلمتك إلى سنة، اذهبي يا عدوة الله! فقد كلمها، ولو قال: فاذهبي، أو قال: واذهبي، لا تطلق ما لم يكلمها بكلام آخر. ولو قال: اذهبي طلقت، قال: لأن هذا كلام منقطع عن الأول، والأول متصل باليمين فكان له حكم اليمين، فلا بد من كلام آخر بعد ذلك لتحنث. وفيه أيضًا: إذا قال لأجنبية: إن تزوّجت عليك فأنتما طالقان، أو قال: فأنت وهي طالقان، فتزوّجها ثم تزوج عليها طلقتا.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من نسخة م و ب.

ثم يخرجها، وتزوّجها في غير تلك القرية، لا تطلق][1]؛ لأنه لم يتزوجها في تلك القرية. ولو قال: كل امرأة أتزوّجها من تلك القرية فهي طالق، فتزوّج امرأة من أهل تلك القرية حيث ما تزوّجها، تطلق.

٥٣٥٩ - إذا قال: هر زني كه مرا بود تا سي سال، فهي طالق، فإن لم يكن له شيئاً، وقع الطلاق على التي تزوّجها، ولا يقع على التي كانت عنده وقت اليمين؛ لأن قوله: هر زني كه مرا بود، صار عبارة عن قوله: هر زني كه بزني كنم او را عرفاً، فانصرف المطلق إليه، وكذلك الجواب فيما إذا نوى ما يستفيدها، هكذا اختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى.

حكي عن بعض مشايخ بخارى أنّ قوله: بود يقع على امرأته التي تحته للحال، وإن نوى الحالية ومن يستفيدها ينصرف إليها؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، فإن جعل قوله: بود عبارة عن الكائنة في هذه المدة، أو عند الشرط إن علّق الطلاق بالشرط، والحالية كائنة والتي يستفيدها كذلك. وإن نوى الحالية غير ما يستفيده، لم ينقل عن المتقدمين في هذا الفصل شيء، هكذا ذكر الصدر الشهيد في «واقعاته». قال رحمه الله تعالى: والظاهر أنه يقع عليها، وقد ذكرناها عن بعض مشايخ بخارى أنّ قوله: بود من غير نية، يقع على امرأته التي تحته للحال، ولا يقع على التي تزوّجها، فهنا أولى. ولو قال: هر زني كه او را باشد، فهذا وما لو قال: هر زني كه او را بود سواء.

٥٣٦٠ - فأما إذا قال: هر زني كه او را بود وباشد، حكي عن الشيخ الإمام شمس الإسلام أبي الحسن عطاء بن حمزة رحمه الله تعالى أنه قال: كان المتقدمون من مشايخ سمرقند يقولون: بأن هذا اليمين لا تنعقد على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن قوله: بود وباشد بمعنى واحد، فيصير أحدهما لغواً فاصلاً بين الشرط والجزاء، كما في قول الرجل لعبده: أنت حرّ وحر -إن شاء الله تعالى- صار أحد اللفظين فاصلاً بين الجزاء والاستثناء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فهنا يجب أن يكون كذلك.

قال محمد رحمه الله تعالى: فأما مشايخنا وأستاذونا من أهل سمرقند كانوا يقولون: بصحة هذه اليمين وانعقادها، وهكذا حكي عن مشايخ [بلخ ومشايخ بخارى، أنهم كانوا يقولون بصحة هذه اليمين وانعقادها، غير أن بعض مشايخ بخارى][2] رحمهم الله تعالى كانوا يقولون: بأن قوله: بود يقع على المرأة التي تحته للحال، وقوله: باشد يقع على المرأة التي

(١) أثبت من ب و ف.

(٢) أثبت من ب و ف.

يستقبلها، فيقع الطلاق عليها من غير نية. وبعضهم كانوا يقولون بأن هذه المسألة والمسألة الأولى سواء، لا يقع الطلاق على المرأة التي تحته للحال إلا بالنية.

٥٣٦١ - وفي «فتاوى النسفي»: إذا قال: اگر فلان كار كنم هر زني كه بخواهم خويشتن را از من طلاق، فعمل ذلك، ثم تزوّج امرأة لا تطلق؛ لأنه ما أضاف الطلاق إلى الملك، إنما أضاف إلى إرادة التزوج.

٥٣٦٢ - قال في «الزيادات»: إذا قال الرجل لرجلين: كلما أكلت عندكما طعاماً، فامرأته طالق[1]، فتغدى عند أحدهما اليوم، وتغدى عند الآخر من الغد، طلقت امرأته ثلاثاً؛ لأنه لما تغدى عند الأول وأكل ثلاث لقمات أو أكثر، كأنه أكل عنده ثلاث مرات، وإذا تغدى عند الآخر، فكأنه أكل عنده أيضاً ثلاث مرات، فقد وجد الأكل عندهما ثلاث مرات، والأكل عندهما في كل مرة شرط وقوع تطليقة. وكذلك إذا قال لأحدهما: كلما أكلت عندك، ثم أكلت عند هذا فامرأته طالق، كان الجواب كما قلنا.

٥٣٦٣ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأته: كل امرأة أتزوجها من أقرانك، أو قال: من أسنانك فهي طالق، أو قال: فأنت طالق، فكل امرأة ولدت معها في [سنها][2]، فما دونه فهي من أقرانها وأسنانها.

٥٣٦٤ - ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال: كلما تزوجت امرأتين، فإحداهما طالق، فتزوج أربعاً طلقت ثنتان منهن، والخيار إليه.

٥٣٦٥ - عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأة: كل امرأة أتزوجها من أهل بيتك، فهي طالق، ولها ابنة، فإن كان تزوج ابنتها دخلت تحت اليمين، وإن لم يكن من أبيها لا تدخل تحت اليمين؛ لأنها من أهل بيت زوجها؛ لأن [المراد][3] من هذا البيت بيت النسب، والأنساب للآباء دون الأمهات. وأما أهل بيت المرأة من كانت من قبل أبيها، أخواتها وعماتها وبنات أخيها.

٥٣٦٦ - وفي «الأصل»: إذا قال لامرأته وقد دخل بها: إذا طلقتك فأنت طالق، فطلقها واحدة، فإنه يقع عليها ثنتان؛ لأنه حلف بطلاقها، وجعل شرط وقوع الطلاق عليها تطليقها.

---

(١) وفي م: فامرأته طالق ثلاثاً، فيتغدى عند كل واحد منهما، فامرأته طالق ثلاثاً، فتغدى عند أحدهما... إلخ.

(٢) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: أسنانها.

(٣) هكذا في م و ف، وكان في الأصل و م: المرأة.

ولو قال لها: أنت طالق فقد طلقتها، فإنه يقع عليها تطليقة بالإيقاع وتطليقة بالحنث. ومن قال: عنيت به الإخبار عن كونها طالقاً إذا طلقتها فإنه لا يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو قال لها: أنت طالق، أنت طالق، وقال: عنيت بالثانية الإخبار. ولو كان إذا قال: متى طلقتك فأنت طالق، فطلقها واحدة، فإنه يقع عليها ثنتان لا ثلاث.

٥٣٦٧ - ولو قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق، ثم طلقها واحدة يقع عليها تطليقتان، ولو قال لها: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، وطلقها واحدة، فإنه يقع عليها ثلاث تطليقات. والفرق أن في قوله: كلما وقع عليك طلاقي، شرط الحنث وقوع الطلاق عليها، وقد تكرر الوقوع، فإنه وقع عليها تطليقتان: تطليقة بالإيقاع وتطليقة بالحنث. وفي قوله: كلما طلقتك، شرط الحنث تطليقه [ولم يطلقها](1) إلا مرة واحدة، فإنه لم يقل لها: أنت طالق إلا مرة واحدة.

٥٣٦٨ - وفي «الجامع»: رجل قال لامرأتين له وقد دخل بهما: كلما حلفت بطلاق كل واحدة منكما، فكل واحدة منكما طالق [قال ذلك مرتين، يقع على كل واحدة منهما تطليقة بالحنث في اليمين الأولى. ولو قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما، فكل واحدة منكما طالق](2) وباقي المسألة بحالها يقع على كل واحدة منهما تطليقتان. وكذلك إذا(3) قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق، قال ذلك مرة، يقع على كل واحدة منهما تطليقة. وكذلك إذا قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فصاحبتها طالق، أو قال: فالأخرى طالق. ولو قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فواحدة منكما طالق، أو قال: فإحداكما طالق، يقع تطليقة واحدة على إحداهما بغير عينها، والخيار إلى الزوج.

٥٣٦٩ - وفي «الجامع» أيضاً: رجل له امرأتان، دخل بواحدة منهما دون الأخرى فقال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما، فأنتما طالقان، قال ذلك ثلاث مرات، طلقت المدخول بها ثلاثاً، وغير المدخول بها ثنتان والله سبحانه وتعالى أعلم.

نوع آخر في عطف الشروط بعضها على البعض:

يجب أن يعلم بأن الحالف إذا ذكر شرطين، وذكر بينهما جزاء، يقدم كل شرط في

(١) أثبت من جميع النسخ التي عندنا.

(٢) أثبت من النسخ التي في متناول أيدينا.

(٣) وفي ب: ولو.

موضعه، ويعتبر الشرط الأول شرطًا لانعقاد اليمين، والشرط الثاني شرطًا لانحلال اليمين ونزول الجزاء؛ لأن الشرط الأول إذا ذكر استحق الجزاء؛ لأن الشرط بدون الجزاء لا يعتبر؛ لأنه لا يفيد، وإنما يصير مفيدًا بالجزاء. والجزاء ما يذكر عقيب حرف الفاء، والمذكور عقيب حرف الفاء يمين تامة وهي الشرط والجزاء، فيصلح جزاء للشرط الأول، إذ اليمين التام يصلح جزاء للشرط، فإذا صارت جزاء للشرط الأول، توقف وجود اليمين وانعقادها على وجود الشرط الأول. فإذا وجد الشرط الأول انعقد اليمين، وتعلق الجزاء بالشرط الثاني حتى ينزل بوجوده، فهو معنى قولنا: إن الشرط الأول يعتبر شرطًا لانعقاد اليمين، والشرط الثاني يعتبر شرطًا لانحلال اليمين ونزول الجزاء.

٥٣٧٠ - بيان هذا الأصل فيما إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت فلانًا، فتزوج امرأة قبل الكلام، وامرأة بعد الكلام، تطلق المتزوجة قبل الكلام، ولا تطلق المتزوجة بعد الكلام عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، هكذا ذكر المسألة في أيمان الجامع وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه تطلق المتزوجة بعد الكلام، ولا تطلق المتزوجة قبل الكلام، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ما ذكر في الأمالي قول أبي يوسف أولا، وما ذكر في الجامع قوله آخرًا.

٥٣٧١ - وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وهذا إذا لم يوقت الملك وقتًا، فأما إذا وقت الملك وقتًا بأن قال: كل امرأة أتزوجها أبدًا، أو قال: إلى ثلاثين سنة، تطلق المتزوجة قبل الكلام، والمتزوجة بعد الكلام.

٥٣٧٢ - وهذا إذا قدم ذكر الوقت، فأما إذا قدم له ذكر الكلام، بأن قال: إن كلمت فلانًا، فكل امرأة أتزوجها أبدًا، أو قال: إلى ثلاثين سنة فهي طالق، تطلق المتزوجة بعد الكلام، ولا تطلق المتزوجة قبل الكلام. وإنما وقع الفرق بين تقديم ذكر الوقت وبين تأخيره؛ لأنه إذا تقدم ذكر الوقت، فقد أوقع الطلاق على كل امرأة يتزوجها في ذلك الوقت، ولا يمكن إيقاع الطلاق على كل امرأة يتزوجها في ذلك الوقت، إلا بأن يجعل الكلام شرطًا لنزول الجزاء في حق المتزوجة قبل الكلام، وشرطًا لانعقاد اليمين في حق المتزوجة بعد الكلام. [وإذا][1] قدم ذكر الكلام فقد أوقع الطلاق على كل امرأة يتزوجها بعد الكلام أبدًا، وأمكن القول بوقوع الطلاق على كل امرأة يتزوجها بعد الكلام من غير تحسس، ومن غير أن يعتبر الشرط الواحد شرطًا لانعقاد اليمين ولنزول الجزاء. فاعتبرنا الكلام شرطًا لانعقاد اليمين في حق المتزوجة بعد

[1] هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: وإنما.

٥٣٧٤ - ولو قال: إن كلمت فلانًا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، ففي هذه الصورة تطلق المتزوجة بعد الكلام، ولا تطلق المتزوجة قبل الكلام.

٥٣٧٥ - هذا كله إذا ذكر الحالف شرطين وذكر بينهما جزاء، فأما إذا ذكر الشرطين ولم يذكر بينهما جزاء، وإنما ذكر الجزاء عقيبهما، فإن ذكر بين الشرطين حرف العطف، يتعلق الجزاء بهما ويصيران في معنى شرط واحد، بيانه: إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، فأنت طالق، فإنها لا تطلق ما لم تدخل الدارين.

٥٣٧٦ - وإن لم يذكر بينهما حرف العطف، يجعل الشرط الأول شرطًا لنزول الجزاء وانحلال اليمين، ويجعل الشرط الثاني شرطًا لانعقاد اليمين، بيانه في قوله: كل امرأة أتزوجها إن دخلت الدار فهي طالق، فتزوج امرأة قبل الدخول، وامرأة بعد الدخول، تطلق المتزوجة بعد الدخول، ولا تطلق المتزوجة قبل الدخول، ويصير تقدير المسألة: إذا دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، وهو معنى قول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: إذا اعترض الشرط على الشرط قبل مجازاة الأول يصير، يجعل المقدم مؤخرًا والمؤخر مقدمًا.

٥٣٧٧ - وإن ذكر شرطين وقدم الجزاء عليهما، إن جمع بينهما بحرف الجمع، يتعلق الجزاء بهما أيضًا، بيانه فيما إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، فإنها لا تطلق ما لم تدخل الدارين، وإن لم يجمع بينهما بحرف الجمع يجعل الشرط الثاني شرطًا لانعقاد اليمين، بيانه فيما إذا قال لأجنبية: أنت طالق إن تزوجتك إن كلمت فلانًا، فكلم فلانًا ثم تزوجها طلقت، ولو تزوجها أولاً، ثم كلم فلانًا لا تطلق.

٥٣٧٨ - هذا إذا لم يذكر كل شرط بتصريح حرف الشرط، وأما إذا ذكر كل شرط بتصريح حرف الشرط[١] وذكر الجزاء بينهما تعلق[٢] كل شرط في موضعه، ويعتبر الشرط الأول شرطًا لانعقاد اليمين، ويعتبر الشرط الثاني شرطًا لانحلال اليمين ونزول الجزاء، بيانه فيما إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق إن كلمت فلانًا، فدخلت الدار، ثم كلمت فلانًا تطلق، ولو كلمت فلانًا أولاً، ثم دخلت الدار لا تطلق.

وإن ذكر الجزاء أولاً وجمع[٣] بين الشرطين بحرف الجمع، فإنه يعتبر كل شرط شرطًا لنزول الجزاء، ولا يشترط اجتماعهما، وإذا وجد أحدهما ونزل الجزاء انحلت اليمين

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من [illegible]

(٢) وفي [illegible]

(٣) وفي [illegible] جمع

٥٢٧٩- بيانه فيما ذكر القدوري: إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت هذه الدار [وإن دخلت هذه الدار](١) الأخرى، فدخلت أحد الدارين طلقت، وبطل اليمين؛ لأنه لما عاد حرف الشرط لم يكن عطفاً على الأول في الشرطية، بل كان شرطاً على حدة، وصار جزاء الأول مضمراً فيه، كأنه قال لها: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، أنت طالق إن دخلت هذه الدار الأخرى تلك التطليقة، وهناك يقع الطلاق بدخول إحدى الدارين، ويبطل اليمين؛ لأن جزاء الثاني لم يبق، كذا هنا، وكذلك الجواب فيما إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت(٢) هذه الدار، وإن كلمت فلاناً.

٥٢٨٠- وأما إذا لم يجمع بينهما بحرف الجمع، يجعل الشرط الآخر مقدماً على الجزاء حتى يصير الجزاء بين الشرطين، ويصير الشرط الآخر شرطاً لانعقاد اليمين، ويصير الشرط الأول شرطاً لانحلال اليمين. بيانه فيما ذكر في «الجامع»: إذا قال: عبدي حر إن دخلت الدار إن كلمت فلاناً، فدخل الدار أولاً، ثم كلم فلاناً لا يعتق عبده، ولو كلم فلاناً أولاً ثم دخل الدار عتق؛ لأن الشرط الثاني وهو الكلام صار مقدماً على الجزاء، وصار تقدير المسألة(٣): إن كلمت فلاناً، فعبدي حر إن دخلت الدار، وهناك [(٤) كان الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

وإن ذكر الجزاء آخراً، إن جمع بين الشرطين بحرف الجمع، ففي قول محمد رحمه الله تعالى يعتبر كلاهما شرطاً واحداً، ويشترط وجودهما لنزول الجزاء. وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يعتبر كل شرط شرطاً لنزول الجزاء، ولا يشترط وجودهما لنزول الجزاء.

٥٢٨١- بيانه فيما ذكر القدوري: إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار، وإن دخلت هذه الدار الأخرى، فأنت طالق، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى: لا تطلق إلا بدخول الدارين، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: تطلق بدخول إحدى الدارين، فأبو يوسف يقول: لا فرق في الأيمان بين تقديم الجزاء وتأخيره، ومحمد رحمه الله تعالى فرق بينهما.

٥٢٨٢- وإن لم يجمع بين الشرطين بحرف الجمع، يجعل الشرط الأول مؤخراً عن الجزاء، حتى يصير الجزاء بين الشرطين، ويصير الشرط الأول شرط انحلال اليمين، والشرط

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و ب و ف.

(٢) وفي م: أنت طالق إن دخلت الدار هذه الدار.

(٣) وفي ب: وصار تقدير الكلام.

(٤) أثبت من ف.

الآخر شرط انعقاد اليمين . بيانه فيما ذكر في " الجامع " : إذا قال : إن دخلت الدار ، إن كلمت فلانًا ، فعبدي حر ، فدخل الدار أولاً ، ثم كلم فلانًا ، لا يعتق عبده ، ولو كلم فلانًا أولاً ، ثم دخل الدار عتق عبده ؛ لأن الشرط الأول وهو الدخول صار مؤخرًا عن الجزاء ، وصار تقدير المسألة : إن كلمت فلانًا ، فعبدي حر إن دخلت الدار ، وهناك لا يعتق العبد ما لم يوجد الكلام قبل الدخول ، كذا هنا .

وروي عن محمد رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير في الشرط المعترض على الشرط ، بل [قرر][1] كل شرط في موضعه ، وأضمر حرف العطف حتى صار تقدير هذه المسألة فيما إذا قدم الجزاء : عبدي حر إن دخلت الدار ، وإن كلمت فلانًا [وصار تقدير المسألة فيما إذا أخر الجزاء : إن دخلت الدار وإن كلمت فلانًا][2] ، فعبدي حر ، وصار تقدير المسألة فيما إذا قال في قوله : كل امرأة أتزوجها إن دخلت الدار فهي طالق ، كل امرأة أتزوجها فإن دخلت الدار فهي طالق ، فتطلق المتزوجة قبل الدخول ، ولا تطلق المتزوجة بعد الدخول .

٥٢٨٣ - وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أن الحالف إذا ذكر الشرطين المرتبين فعلاً من حيث العرف نحو قوله : إن دعوتني إن أجبتك فعبدي حر ، إن كلمت إن شربت ، فعبدي حر ، فإنه يعتبر هذا الترتيب الظاهر ، ويقرر كل شرط في موضعه حتى إنه إذا شرب أولاً ثم أكل ، لا يعتق عبده ، ولو أكل أولاً ثم شرب ، عتق عبده ؛ لأن الأكل يتقدم على الشرب فعلاً من حيث العرف .

٥٢٨٤ - فأما إذا ذكر شرطين غير مرتبين فعلاً من حيث العرف نحو قوله : إن أكلت إن كلمت فلانًا ، ونحو قوله : إن شربت ، إن أكلت يجعل المقدم مؤخرًا ، والمؤخر مقدمًا كما هو ظاهر مذهب محمد رحمه الله تعالى ، ولو قال لها : إن دخلت هذه الدار ، فأنت طالق وهذه الدار ، فإنها لا تطلق ما لم تدخل الدارين ؛ لأن قوله : وهذه لا يصح عطفًا على الجزاء ، فيجعل عطفًا على الشرط ، وتخلل الجزاء بينهما لا يمنع صحة العطف ، هكذا ذكر القدوري رحمه الله تعالى في " كتابه " .

٥٢٨٥ - قال في " الجامع " : وإذا قال الرجل : كل امرأة أملكها ، فهي طالق [إن دخلت

(١) هكذا في النسخ التي عندنا ، وكذا في الأصل . قدر .

(٢) أثبت من " ب " .

الدار ، أو قال : إن دخلت الدار ، فكل امرأة أملكها ، فهي طالق [(١)] ، وفي ملكه يوم اليمين امرأة، ثم تزوج امرأة [أخرى] [(٢)] قبل الدخول ، وامرأة بعد الدخول طلقت التي كانت في ملكه يوم اليمين ، ولا تطلق التي استحدثها بعد اليمين . وهذا استحسان ، والقياس أن تطلق التي يملكها في الاستقبال ، ولا تطلق التي كانت في ملكه يوم اليمين . وجه القياس : أنّ كلمة "أفعل" للاستقبال كقوله : أسافر وأتزوج ، فكأنه صرح بالاستقبال . وجه الاستحسان : أنّ صيغة "أفعل" للاستقبال حقيقة ، وللحال حقيقة ؛ لأنها مستعملة فيهما في الاستقبال كقول الرجل : أسافر وأتزوج . وفي الحال كقول الرجل بين يدي القاضي : أشهد .

هذا اختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى ، بعضهم قالوا : إنها للحال أحق ، إذ ليس للحال صيغة أخرى ، وللاستقبال صيغة أخرى وهي "سأفعل" و"سوف أفعل" . فإذا كانت هذه الصيغة للحال أحق ، فعند الإطلاق ينصرف إليه ، كأنه نص على الحال . وبعضهم قالوا : لما كانت هذه الصيغة حقيقة لهما ، يتعين لأحدهما بحكم العرف وغلبة الاستعمال ، كما تعين للاستقبال في قوله : أسافر وأتزوج ، وكما تعين للحال في قول الشاهد : أشهد .

قلنا في الأملاك : قد غلب استعمال هذه الكلمة للحال ، يقول الرجل : أنا أملك كذا ، أو فلان يملك كذا ، ويريدون الحال ، وإذا غلب استعمال هذه الكلمة للحال ، صار الحال كالمنصوص عليه ، فانصرف يمينه إلى الحال هذا .

٥٢٨٦ - ولو عطف أحد الشرطين على الآخر بحرف الفاء ، بأن قال : إن دخلت هذه الدار ، فهذه الدار ، يشترط لوقوع الطلاق دخول الدارين ، كما لو عطف بحرف الواو ، إلا أنّ في هذه المسألة يجب أن يكون دخول الدار الثانية عقيب دخول الدار الأولى [وكذلك إذا عطف بكلمة "ثم" بأن قال : إن دخلت هذه الدار ثم هذه الدار ؛ لأن كلمة "ثم" للتراخي] [(٣)] ، فيقتضي أن يكون دخول الدار الثانية متراخيا عن دخول الدار الأولى . ولو قال : إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار ، أو قال : إن دخلت الدار فدخلت هذه الدار ، يشترط دخول الدارين في الحرفين جميعاً ، إلا أنّ في حرف الواو لا يعتبر الترتيب ، وفي حرف الفاء يعتبر لما مرّ .

٥٢٨٧ - وروى عن محمد رحمه الله تعالى : أنه إذا قال لها : إن دخلت هذه الدار ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبته من ظ و م و ف .

(٢) أثبت من "ب" .

(٣) هكذا في "ب" و"ب" ، وكان في الأصل : لأن حرف الفاء للتعقيب .

تكرارًا، وإذا جعلنا الثاني تكرارًا كان شيئًا واحدًا من حيث المعنى والاعتبار، فلا يعتبر فاصلًا ونظيره من تلك المسألة من مسائلنا ما لو قال: عبدي حر حر - إن شاء الله تعالى -. ولو قال هكذا لا يعتق العبد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضًا، ولا يصير قوله: حر ثانيًا فاصلًا. ولا رواية لهذه المسألة عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

قلت: إن تمّ على قياس مسألة الجامع[1]، ونظيره من مسائلنا من تلك المسألة ما لو قال لها: إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار، فعبدي حر. ولو قال هكذا يعتق العبد للحال على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويصير قوله: وإن دخلت هذه الدار ثانيًا فاصلًا.

قال في الجامع أيضًا: رجل له امرأة ولم يدخل بها فقال: كل امرأة لي، وكل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة، فهي طالق إن دخلت الدار، فتزوج امرأة وطلقها، وطلق التي كانت عنده، ثم تزوجها في الثلاثين السنة ثم دخل الدار، طلقت القديمة تطليقتين باليمين، سوى التطليقة التي أوقع عليها بالتنجيز، فتطلق ثلاثًا؛ لأنه انعقد عليها يمين الكون بقوله: كل امرأة لي ولم يبطل ما لم تبن بتطليقة واحدة، وانعقد في حقها يمين التزوج أيضًا بقوله: كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة، وشرط الحنث فيهما دخول الدار، فإذا دخل الدار، والشرط الواحد يكفي شرطًا في أيمان كثيرة، وقعت عليها تطليقتان بحكم اليمين.

وأما الجديدة فتطلق واحدة باليمين، سوى ما أوقع عليها بالتنجيز، فتطلق تطليقتان؛ لأن [المنعقدة][2] في حقها يمين واحدة هي يمين التزوج.

ولو أن الزوج حين طلقها أول مرة لم يتزوجها حتى دخل الدار، ثم تزوجها طلقت القديمة واحدة بالحنث في يمين التزوج، بنفس التزوج، وإن كان المنعقد في حقها يمينين، يمين التزوج ويمين الكون؛ لأنه حين دخل الدار قبل أن يتزوج القديمة، فقد وجد شرط الحنث في يمين الكون وهي ليست في نكاحه ولا في عدته، وإنه يوجب انحلال اليمين لا إلى جزاء، وأما الجديدة فلا يقع عليها بالحنث شيء؛ لأن المنعقد في حقها يمين التزوج، ووقوع الطلاق فيها معلق بالدخول، وحين دخل الزوج الدار لم يكن هي في نكاحه ولا في عدته، فانحلت اليمين في حقها لا إلى حنث. حين تزوجها عنه مرة أخرى، لم ينعقد عليها يمين أخرى؛ لأنه عقد اليمين بكلمة كل وإنها لا توجب تكرار الفعل في امرأة واحدة، فلا يتكرر انعقاد اليمين عليها.

---

(١) وفي ب: مسألة الإقرار.

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: منعقدة.

٥٣٨٩- ولو قال: كل امرأة لي، وكلما تزوجت امرأة إلى ثلاثين سنة، فهي طالق إن دخلت الدار، وفي ملكه امرأة [ثم تزوج امرأة](1) أخرى، ثم طلقهما جميعاً، ثم تزوجهما ثانياً، ثم دخل الدار طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً، واحدة بالإيقاع، وثنتان بالحنث. أما القديمة فلما ذكرنا، وأما الجديدة فلأن المعقد عليها يمينان في هذه الصورة؛ لأن التزوج حصل التزوج شرط انعقاد اليمين بكلمة تقتضي التكرار، وهي كلمة كلما، فحين تزوج الجديدة ثانياً انعقدت عليها يمين التزوج ثانياً، واليمين الأولى باقية، والدخول شرط الحنث فيهما، فالحنث فيهما يوجب الطلاقين. ولو كان حين طلقهما لم يتزوجهما حتى دخل الدار، ثم تزوجهما طلقت كل واحدة واحدة بالحنث.

٥٣٩٠- وفي «القدوري»: إذا قال: كلما دخلت(2) هذه الدار وكلمت فلاناً، فامرأة من نسائي طالق، فدخل الدار دخلتان وكلم فلاناً مرة واحدة، لم تطلق إلا امرأة واحدة؛ لأن الشرط مجموع الدخول والكلام، والدخول وإن تكرر لم يتكرر الكلام، فإنما تكرر بعض الشرط، وبتكرر بعض الشرط لا يتكرر الجزاء. ولو قال: كلما دخلت هذه الدار، فإن كلمت فلاناً فأنت طالق، فدخل الدار ثلاثاً وكلم فلاناً مرة، طلقت ثلاثاً؛ لأن قوله: فإن كلمت فلاناً فأنت طالق، يمين تام هو جزاء الدخول، والجزاء يتكرر بتكرر الشرط، والشرط وهو الدخول متكرر، فيصير قائلاً عند كل دخول: أنت طالق إن كلمت فلاناً، [وإذا كلم فلاناً](3) مرة، والشرط الواحد يصلح شرطاً في أيمان كثيرة، طلقت ثلاثاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

نوع آخر منه:

٥٣٩١- قال في «القدوري»: إذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها [فهي طالق](4) وفلانة امرأته، طلقت فلانة الساعة ولا ينتظر التزوج(5)؛ لأن قوله: كل امرأة ليس بشرط على الحقيقة، ولكن أخذ معنى الشرط لاقتران الفعل به، فصار قوله: وفلانة معطوفاً على المذكور في الطلاق لا على المذكور في الشرط، فيقع الطلاق على فلانة الساعة لهذا. ولو قال

(1) أثبت من ب، و م.

(2) وفي م: كلما دخلت الدار هذه الدار كلمت فلاناً، أو كلمت فلاناً.

(3) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(4) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(5) وفي ب، و ف: التزوج.

لامرأته : أنت طالق وفلانة إن تزوجتها، لم يقع الطلاق على امرأته حتى يتزوج بالأخرى ؛ لأنه صرح بحرف الشرط ، فصار طلاقهما معلقاً بالتزوج ، بخلاف المسألة [الأولى][1] . ولو قال : كل امرأة من نسائي تدخل الدار ، فهي طالق وفلانة ، طلقت فلانة للحال ، فإن دخلت الدار وهي في العدة طلقت أخرى .

٥٣٩٢ - قال في "الجامع" : إذا قال : كل امرأة لم تدخل الدار فهي طالق ، وعبد من عبيدي حر ، فدخلت امرأتان الدار طلقتا ، وعتق عبد من عبيده . وأما طلاقهما فظاهر ، وأما عتق عبد واحد لأن قوله : وعبد ، اسم منكر ذكر في موضع الإثبات ، والنكرة في موضع الإثبات تخص ، فلا يتناول إلا عبداً واحداً ، ولهذا لو قال ابتداء : عبد من عبيدي حر ، لا يعتق إلا عبد واحد . لو ثبت العموم في العبد ، إنما يثبت ضرورة العطف على المرأة التي دخل عليها كلمة "كل" من حيث أن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، والعموم ثابت في حق المعطوف عليه ، ولا وجه إليه ؛ لأن قوله : وعبد ، غير معطوف على المرأة ، ألا ترى أنهما اختلفا في الإعراب ، فإن إعراب المرأة كسر ، وإعراب العبد رفع ، فبعد ذلك إما أن يصير معطوفاً على قوله : فهي ؛ لأن محله من الإعراب الرفع ؛ لأنه مبتدأ ، أو على قوله : طالق ؛ لأنه مرفوع ، والأول أولى ؛ لأن قوله : وعبد اسم فرد لا يتصل بالفعل ، وقوله : فهي كناية عن فرد لا يتصل بالفعل ، وقوله : طالق اسم فرد يتصل بالفعل ، والأحسن في العطف عطف الاسم المفرد عن الفعل على الاسم المفرد عن الفعل ، فكان عطفه على قوله : فهي ، أولى .

وإذا صار قوله : وعبد ، معطوفاً على قوله : فهي ، فنقول : لا يجوز أن يثبت العموم في العبد لكونه معطوفاً على "هي" ؛ لأن "هي" فرد بصيغته ، وإنما يثبت العموم فيه ضرورة كونه كناية عن المرأة الداخلة عليها كلمة "كل" ؛ لأن الكناية لا تستقل بنفسها ، فتأخذ حكمها من المكنى عنه وهو المرأة ، فإذا كانت المرأة عامة كانت الكناية عامة ضرورة [ولا ضرورة في][2] قوله : وعبد ؛ لأنه ليس بكناية ، بل هو كلام مستقل بنفسه ، ولهذا لو قال ابتداء : وعبد من عبيدي حر ، كان كلاماً مستقيماً مفهوماً ، فيكون له حكم نفسه وحكم الخصوص ؛ لأنه فرد بصيغته .

فإن قيل : إن لم يثبت العموم في العبد[3] من الوجه الذي قلتم ، يثبت من وجه آخر ، من

(١) أثبت من "ب" و "م" .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من "ظ" و "م" و "ف" .

(٣) وفي "م" : في الفرد ، وكان في الأصل : في القيد .

حين إن كلمة "كل" كما وقعت على جماعة النساء، وقعت على جماعة [الذكور][1] في حقهن، ألا ترى لو دخلن الأربع الدار، طلقن جميعاً، وإعتاق عبد بالدخول، وإذا تعدد الدخول تعدد العتق. ألا ترى أنه لو كان مكان كلمة "كل" كلمة "كلما" بأن قال: كلما دخلت امرأة هذه الدار، فهي طالق، وعبد من عبيدي حر، فدخلت امرأتان عتق عبدان، والفرق ما قلنا [إن][2] كلمة "كل" تقع على جماعة الأسماء مقصودة، فأما على جماعة الأفعال إذا كان الفعل مقروناً بالاسم، تقع ضرورة تعميم الاسم، لما لم يثبت تعميم الاسم مقصوداً لا يثبت تعميم[3] الفعل.

إذا ثبت هذا فنقول: تعميم الاسم في حق النسوة ثبت مقصوداً، فيثبت تعميم الفعل [وهو الدخول، في حقهن ضرورة]، فأما في حق العبيد تعميم الاسم لم يثبت مقصوداً، فلا يثبت تعميم[4] الفعل في حقهم، فبقي الشرط في حقهم دخول واحدة من واحدة من نسائه، كأنه قال: إن دخلت واحدة منكن في الدار، فعبد من عبيدي حر، ولو نص على هذا كان الجواب كما قلنا. فأما كلمة "كلما" تعم الأفعال مقصودة، فصار كل دخول من جماعة النساء، أو من امرأة واحدة شرطاً، وعتق العبد معلق بالدخول، فإذا كان الدخول متكرراً كان العتق متكرراً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

نوع آخر في الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال:

٥٢٩٣ - إذا قال لامرأته وهي حائض: إن حضت، أو قال لها وهي مريضة: إن مرضت، فأنت طالق، فهذا على الحيض والمرض في المستقبل، فإن نوى ما يحدث من هذا المرض، أو من هذا الحيض فهو على ما نوى؛ لأن الحيض ذو أجزاء والمرض كذلك، فإذا نوى الجزء الذي يكون في المستقبل، فقد نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته.

٥٢٩٤ - ولو قال لها: إن صمت غداً، فأنت طالق، وهو ينوي أنها حائض، فهذا على

---

(١) هكذا في "ب"، وكان في الأصل و"م" و"ف": "الدخول".

(٢) وردت هنا عبارة غير منسجمة مع سياق العبارة، وكذا في "م" و"ف": "أن كلمة ... فإن كلمة "كل" يقع ..." الخ.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "ف" و"م".

(٤) أثبت من "ف".

هذه الحيضة، فإذا دام حتى أستمر[1] تتحرى من العقد، طلقت بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثلاث أو زائداً عليه؛ وهذا لأنه إذا كان عالماً بحيضها لا يكون من قصده تعليق الطلاق بحدوث حيضة أخرى؛ لأن ذلك مستحيل، فكان قصده تعليق الطلاق باستمرار ذلك.

وإنما اعتبرنا تمام الثلاث؛ لأن الدم إذا انقطع فيما دون الثلاث لا يكون حيضاً، فإن كان لا يعلم بحيضها، فهذا على حدوث الحيضة في المدة. وكذلك إذا قال لها: إن حممت وهي محمومة، أو [قال]: إن صرعت وهي مصروعة[2]، فهذا على التفصيل الذي قلنا في الحيض والمرض. ولو قال لها وهي صحيحة: إن صححت، فأنت طالق، وقع الطلاق حين سكت يعني في الحال، وكذلك إذا قال: إن أبصرت أو سمعت فأنت طالق، وهي سميعة بصيرة وقع للحال؛ لأن هذا ليس بمعنى حادث، فيتعلق اليمين بوجودها.

قال: وأما القيام، والقعود، والسكنى، والركوب، فهو على أن يمكث ساعة بعد اليمين. وأما الدخول فلا يكون إلا على دخول مستقبل، وكذلك الخروج لا يكون إلا على خروج مستقبل؛ لأن الدخول هو الانفصال من خارج إلى داخل، والخروج هو الانفصال من داخل إلى خارج، وهذا المعنى لا يبقى، وكذلك الحبل إذا قال للحبلى: إن حبلت، فهذا على حبل مستقبل؛ لأن الحبل هو ابتداء العلوق، وكذلك الضرب والأكل على الحادث بعد اليمين.

٥٣٩٥- ولو قال: أنت طالق ما لم تحيضي، أو ما لم تحبلي، وهي حائض أو حبلى، فهي طالق حين سكت، إلا أن يكون ذلك منها حين [سكوته]، فإن نوى ما هي فيه من الحيض والحبل؛ دين في الحيض فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في الحبل؛ لأن الحيض[3] ذو أجزاء، وما يزداد يسمى[4] حيضها، والحبل لا يزداد. هذه الجملة من "القدوري".

٥٣٩٦- وفي "الأصل": إذا قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، وإذا حضت حيضتين، فأنت طالق، فحاضت حيضتين وقع عليها تطليقتان، وكانت الحيضة الأولى كمال الشرط في اليمين الأولى، وبعض الشرط في اليمين الثانية. ولو قال: إذا حضت حيضة فأنت

---

(١) وفي "ب" و"ف": [illegible].

(٢) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل و"م": صدعت فهي مصدوعة.

(٣) هكذا في "ف" و"م".

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

طالق [ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق](1) فحاضت حيضة حتى وقع عليها الطلاق باليمين الأولى، لا يقع الطلاق باليمين الثانية ما لم تحض بعد ذلك حيضتين أخريين عندنا، كذا هنا ثم. فإن قال: عنيت به الأولى، صدق ديانة لا قضاء، لأن ثم قد لا تكون للتعقيب، فكان نوى ما يحتمله لفظه، إلا أنه خلاف الظاهر.

٥٣٩٧ - وفي المنتقى: إذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق، ثم قال: كلما حضت حيضة، فأنت طالق، يقع بأول حيضة طلاق، ويقع بما بعدها بحيضة أخرى بعدها يقع تطليقة أخرى.

وفي الجامع: إذا قال لها: إذا حضت حيضة، فأنت طالق، لا تطلق ما لم تحض وتطهر، لأن الحيضة اسم للدم الكامل منه، وكماله بالطهر. ولو قال لها: إذا حضت نصف حيضة، فكذلك الجواب، لا تطلق ما لم تحض وتطهر، لأن الزوج ذكر النصف مضافًا، والنصف عند الإطلاق يقع على الشائع، وذلك لا يوجد حتى يتجزى. ولو قال لها: إذا حضت نصف حيضة، طلقت ثنتين، لأنه وجد كل النصفين شائعًا - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

نوع آخر في الشروط تكون على الفور أو على التراخي

٥٣٩٨ - عن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لغيره: إن ضربتني ولم أضربك، فامرأته طالق، فهذا على الفور. قال: ولم يكونا(2) على وجهين: على قبل وبعد، وإذا كان على بعد، فهو على الفور، وإذا كان على قبل، فهو على ذلك. قال: وقوله: إن ضربتني، ولم أضربك، فهذا على الماضي عندنا، كأنه قال: إن ضربتني، ولم أكن ضربتك قبل ضربك إياي فكذا، وإن نوى بعد فهو على ما نوى، ومعناه: إن ضربتني ابتداء فلم أضربك بعد ذلك فكذا، فهو على ما نوى، ويكون على الفور.

والحاصل أن هذه الكلمة وهي لم، قد تقع على الأبد، كقوله: إن أتيتني ولم آتك، وإن زرتني ولم أزرك، هذا على الأبد، وقد تقع على الفور، والمعتبر في حمله على أحد هذه معاني كلام الناس. وكذلك قد تقع هذه الكلمة على بعد، وقد تقع على قبل، والمعتبر في

(1) أثبت من النسخ التي اعتمدت عليها.

(2) هكذا في النسخ التي اعتمدت عليها، وكان في الأصل: ولا يكونا.

حمله على أحدهما معاني كلام الناس[١]، وموجد منطق يستدل به عليه، وما كان مشتبهاً نحو قولك: إن كلمتك ولم تكلمني، فهذا على قبل وبعد، فإن نوى شيئاً فهو على ما نوى، وإن لم يكن له نية، فأيهما فعل فقد بر في يمينه.

٥٣٩٩ - ولو قال: إن كلمتني ولم أجبك، فهو على المستقبل والفور [أما على المستقبل][٢]؛ لأن الجواب لا يصح إلا بتقدم الكلام[٣]، وإنما حمل على الفور باعتبار العادة. وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال: كل جارية أشتريها فلم أطأها، فهكذا على الوطء ساعة يشتريها. فإن قال: فإن لم أطأها، فهذا على ما بينه وبين الموت. ومتى وطئها بر في يمينه؛ لأن "إن" شرط لا يقتضي التعجيل. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لغلامه: إن لم تأتني حتى أضربك فكذا، فأتاه فقال: متى ضربه بر في يمينه، إلا أن ينوي أن يضربه ساعة ما يأتي. وكذا إذا لم يأت ساعة ما أمره، وأتاه في وقت آخر؛ لأنه ليس في لفظه ما ينبي على التعجيل، فلا يحمل على الفور إلا بدلالة. وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال: إن لم أشتر اليوم عبداً فأعتقه، فامرأته طالق، فاشترى عبداً ووهبه، ثم اشترى آخر وأعتقه، قال: اليمين على العبد الأول، وتطلق امرأته؛ لأن تقدير كلامه: أشتري اليوم عبداً وأعتقه، فإن لم أعتقه فكذا، فحين اشترى عبداً فقد انعقد عليه اليمين إذ لا مزاحم له، فلا يدخل غيره تحت اليمين.

٥٤٠٠ - وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لغيره: إن بعثت إليك، فلم تأتني فكذا، فبعث إليه فأتاه، ثم بعث إليه فلم يأته، حنث في يمينه [لأن اليمين لا تسقط بإتيانه. وكذلك إذا قال: إن بعثت إلي، فلم آتك، فبعث إليه فأتاه، ثم بعث إليه، فلم يأته، حنث في يمينه][٤]. وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى إذا قال لغيره: إذا فعلت كذا فلم أفعل كذا فامرأته طالق، فلم يفعل ما قال على أثر المحلوف عليه، طلقت امرأته. ولو قال: إن فعلت كذا ثم لم أفعل كذا، فهو على الأبد.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هما سواء، وهو على الفور. وعن أبي يوسف فيمن قال: إن أخذت فلاناً لأضربنه مائة سوط، فأخذه فضربه سوطاً أو سوطين، قال محمد: فهو

(١) هذه العبارة موجودة في الأصل و ب و ف، ولعلها زائدة من الضرورة.

(٢) هكذا في م.

(٣) وفي م: لأن الجواب لا يصلح إلا بتقدم الشرط، وعلى الفور باعتبار العادة.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

على الأبد.

٥٤٠١- ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لغيره: إن رأيت فلانا فلم آتك به، فامرأته طالق، فرآه الحالف في أول ما رآه مع هذا الرجل الذي قال له: فلم آتك به، قال: الحالف حانث ساعة؛ لأنه لا يستطيع أن يأتيه به. ولو قال: إن رأيت فلانا فلم أعلمك به فكذا، فرآه أول ما رآه مع هذا الرجل الذي قال له: فلم أعلمك به، لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنه ليس هذا موضع إعلام. وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يحنث، وهو بمنزلة قوله: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فانصب الماء قبل مضي اليوم، ولم يتضح لنا[1] وجه الفرق بين المسألتين على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٥٤٠٢- وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى في رجل خرج إلى الصيد، فلقي رجلا فقال له: اخرج معي إلى الصيد، فقال: نعم، أذهب بما معي إلى البيت فأضعه وآتيك، فقال له: احلف بالطلاق، فحلف بالطلاق ليأتينه، ولم يقل: اليوم، فأتاه بعد ما رجع عن الصيد، قال: هو حانث.

٥٤٠٣- وفي المنتقى: إذا قال الرجل لغيره: ادخل هذه الدار اليوم، فقال: إن دخلت اليوم فكذا، فهو على تلك الدار دون غيرها، وكذلك إذا قال له: كلم هذا الرجل، فقال: إن كلمته، فهو على كلام ذلك الرجل. ولو قال لغيره: تزوج فلانة، فقال: إن تزوجت أبدا فكذا، فتزوج غير فلانة حنث في يمينه، ومسألة التزوج تخالف مسألة الدخول، وإنها مشكلة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر في تعليق الطلاق بالفعلين صورة وبفعل آخر معنى:

٥٤٠٤- قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع: إذا قال الرجل لامرأتين له: إذا ولدتما ولدا، فأنتما طالقان، فولدت إحداهما ولدا، فإنهما يطلقان، وهذا استحسان، والقياس أن لا تطلق واحدة منهما.

٥٤٠٥- وعلى هذا القياس والاستحسان: إذا قال لهما: إذا حضتما [حيضتين، أو حضتما حيضة][2] فأنتما طالقان، فحاضت إحداهما حيضة، فإنهما تطلقان استحسانا،

(١) ما في الأصل و... [illegible]

(٢) هكذا في ب

والقياس أن لا تطلق واحدة منهما أبداً. وجه القياس في ذلك: أنه علق الطلاق [1] بفعلهما، فلا يقع بفعل إحداهما؛ لأنه بعض الشرط، وبوجود بعض الشرط لا يترك الجزاء. وجه الاستحسان: أنه علق الطلاق بفعل إحداهما، فإذا ولدت إحداهما أو حاضت إحداهما، فقد وجد شرط وقوع الطلاق عليهما فيقع.

بيانه: وهو أن الزوج وإن ذكر فعلهما إلا أنه تعذر العمل بحقيقته؛ لأن ولادتهما ولداً واحداً، وحيضتهما حيضة واحدة مستحيل، وأمكن جعله مجازاً عن فعل إحداهما. فإن ذكر المثنى، وإرادة الواحد شائع في اللغة، مستعمل فيما بين أهل الشرع، قال الله تعالى في قصة موسى عليه الصلاة والسلام: ﴿نَسِيَا حُوتَهُمَا﴾[2]. أضاف النسيان إلى الاثنين، والنسيان كان من أحدهما، وهو فتى موسى، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنِّي نَسِيتُ الْحُوتَ﴾[3]. والمعنى في ذلك: وهو أنه ليس في ذكر الاثنين وإرادة الواحد إلا إرادة الخصوص من العموم، وإرادة الخصوص من العموم شائع في اللغة والشرع. وإذا جاز ذلك حملنا ذكر الاثنين ها هنا مجازاً عن ذكر الواحد، وصار تقدير هذه اليمين: إذا ولدت إحداكما ولداً، إذا حاضت إحداكما حيضة، فأنتما طالقان، ولو قال هكذا فولدت إحداهما ولداً، وحاضت إحداهما حيضة طلقتا، كذا هنا. وبهذا تبين أن الطلاق تعلق بفعل إحداهما لا بفعلهما [فكان فعل كل واحد منهما كل الشرط لا بعض الشرط. وتبين أيضاً أن التعليق حصل بما يكون، إذ ولادة الواحد من إحداهما يكون][4].

٥٤٠٦- ولو قال لهما: إذا ولدتما، أو قال لهما: إذا ولدتما ولدين، فأنتما طالقان، فولدت إحداهما ولداً، لا تطلق واحدة منهما ما لم تلد كل واحدة منهما ولداً، بخلاف الصورة الأولى؛ لأن الشرط في الصورة الأولى ولادتهما مطلقاً، لا ولادتهما ولداً واحداً، وولادتهما متصورة. والشرط في الصورة الثانية ولادتهما ولدين [أو ولادتهما ولدين][5] متصور بأن تلد كل واحدة منهما ولداً، فالعمل بحقيقة الكلام هناك ممكن، فلا يصار إلى المجاز وكذلك في قوله: إذا حضتما حيضتين، العمل بحقيقة الكلام ممكن على نحو ما قلنا في

(١) ليس من "ف" و "ب".

(٢) الكهف: ٦١.

(٣) الكهف: ٦٣.

(٤) ما بين القوسين غير مذكور في النسخ التي في أيدينا.

(٥) هكذا في "ب".

ما لو قال: إن دخل رجل داري هذه فعبدي حر، ثم قال: إن دخل زيد داري هذه، فامرأتي طالق، فدخل زيد الدار طلقت المرأة وعتق العبد، وطريقه ما قلنا.

ولو كان قال لها: إذا ولدت ولداً فأنت طالق ثنتين، ثم قال لها: إن كان الولد الذي في بطنك غلام فأنت طالق واحدة، فولدت غلاماً فإنها تطلق واحدة، بخلاف المسألة المتقدمة، وهي هناك قال: إذا ولدت غلاماً تطلق ثلاثاً.

والفرق أن في هذه المسألة وقوع الواحدة سابق على الولادة؛ لأن وقوعها معلق بكون ما في البطن غلاماً لا بولادة الغلام، وبولادة الغلام تبين أن ما في بطنها كان غلاماً، فإن الواحدة كانت واقعة قبل الولادة إذ تبين أن شرط وقوعها كان موجوداً، وتبين أنها صارت معتدة قبل الولادة، وبالولادة تنقضي عدتها، ولا يقع عليها طلاق آخر بالولادة؛ لأنه لو وقع وقع على الأجنبية.

أما في المسألة المتقدمة وقوع الواحدة لا تسبق الولادة؛ لأن هناك الواحدة معلقة بالولادة صريحاً كالثنتين، إلا أن الواحدة تعلق بولادة الغلام، والثنتان تعلقتا بولادة ولد مطلق، فإذا ولدت غلاماً فقد وجد شرط الحنث في اليمينين في ساعة واحدة [فنزل الطلقات الثلاث في ساعة واحدة][1].

٥٤١٢- ونظير هذه المسألة ما قال محمد رحمه الله تعالى في رجل قال: إن كان الذي في هذه الدار اليوم رجلا [فامرأتي][2] طالق، ثم تبين في آخر النهار أنه كان فيها رجل طلقت المرأة من حين تكلم به، إذ تبين أن الشرط الذي علّق به الطلاق كان موجوداً، ومثله لو قال: إن كان الذي يدخل في هذه الدار اليوم رجلا فامرأته طالق، فدخل في آخر النهار رجل طلقت المرأة حين دخل؛ لأن التعليق حصل بدخول الدار، ودخول الدار كان معدوماً حالة التعليق، فكان تعليقاً على الحقيقة بوقوع الطلاق عند الدخول، فكذا فيما تقدم.

فإن قيل: كون ما في البطن غلاماً إنما يعرف بالولادة، فينبغي أن يجعل الولادة شرطاً في المسألة الثانية، حتى لا تقع الواحدة سابقاً على الولادة كما قلنا في المسألة المتقدمة، ألا ترى إن من قال لامرأته: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر، فقدم فلان لتمام الشهر، فإنه يقع الطلاق عليها بعد القدوم، أو مقارناً للقدوم على حسب ما اختلفوا، وبقدوم فلان لتمام الشهر ظهر أن هذا شهر قبل قدوم فلان، فينبغي أن يقع الطلاق من أول الشهر، ولكن قيل: بأن الوقت

---

(١) هكذا في "ب".

(٢) هكذا في "ب"، وكان في الأصل و"ف": فأنت طالق.

الموصوف بأنه قبل قدوم فلان بشهر إنما يعرف بالقدوم، فيجعل القدوم شرطًا.

والجواب أن في مسألة القدوم أمكن جعل القدوم شرطًا؛ لأن القدوم ملفوظ به، وهو على خطر الوجود. وفي مسألتنا لا يمكن أن يجعل الولادة شرطًا؛ لأنها غير ملفوظ بها، إن كانت على خطر الوجود فلم يجعل شرطًا، بل كان معروفًا محضًا، وكان بمنزلة ما لو قال لامرأته: إن كان في هذه الجوالق حنطة، فأنت طالق، فحل الجوالق، فإذا فيها حنطة، وقع الطلاق من حين تكلم، وإنما عرف كون ما في الجوالق حنطة بالحل، ومع هذا لم يجعل الحل شرطًا؛ لأن الحل غير ملفوظ به.

٥٤٠٣- وفي «الأصل»: إذا قال لها: كلما ولدت ولدًا، فأنت طالق، وقال لها أيضًا: إذا ولدت غلامًا، فأنت طالق، فولدت غلامًا، فإنه يقع عليها تطليقتان باليمينين؛ لأنه غلام وولد، فصارت ولادته شرطًا لانحلال اليمين، وهو نظير ما لو قال لها: إن كلمت فلانًا فأنت طالق، وقال لها أيضًا: إن كلمت إنسانًا، فأنت طالق، فكلم فلانًا طلقت تطليقتين؛ لأنه فلان وإنسان.

٥٤٠٤- وكذلك لو قال لامرأته: إن تزوجت فلانة، فهي طالق، ثم قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، ثم تزوج فلانة طلقت تطليقتين؛ لأنها امرأة وفلانة والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر منه:

إذا حصل تعليق الطلاق بشرطين، ووجد الشرط الأول وهي في نكاحه، ووجد الشرط الثاني وهي ليست في نكاحه ولا في عدته، بأن أبانها بواحدة بعد ما وجد الشرط الأول، وانقضت عدتها، ثم وجد الشرط الثاني- لا يقع الطلاق. ولو وجد الشرط الأول في غير ملكه وعدته، ووجد الشرط الثاني- في ملكه بأن تزوجها بعد ما وجد الشرط الأول، ثم وجد الشرط الثاني، يقع الطلاق.

٥٤٠٥- مثال الأول: إذا قال لامرأته: إن كلمت زيدًا وعمرًا، فأنت طالق، فكلمت أحدهما، ثم إن الزوج أبانها بواحدة وانقضت عدتها [ثم كلمت الآخر، فإنه لا يقع عليها الطلاق. ومثال الثاني: إذا قال لها: إن كلمت زيدًا وعمرًا، فأنت طالق، فأبانها بواحدة وانقضت عدتها][(١)]، ثم كلمت أحدهما، ثم تزوجها، ثم كلمت الآخر وقع الطلاق عندنا

(١) أثبت من ب، ف.

خلافاً لزفر رحمه الله تعالى . فزفر يقول : قيام الملك وقت وجود الشرط شرط وقوع الطلاق ، والشرط كلامهما ، فيعتبر قيام الملك وقت وجود الكلام .

وإنا نقول : قيام الملك وقت وجود الشرط إنما يعتبر لنزول الجزاء ، لا لوجود الشرط نفسه ، ووقت نزول الجزاء عند وجود آخر الشرطين ، فيعتبر قيام الملك عندهما ، وإذا حصل التعليق بشرط واحد ، ووجد بعض الشرط في ملكه ، والبعض في غير ملكه وعدت ، إن وجد أول الشرط في ملكه ، وآخره في غير ملكه لا يقع الطلاق ، وإن وجد أول الشرط في غير ملكه ، ووجد آخر الشرط في ملكه وقع الطلاق .

٤٤١٦ - مثال هذا : إذا قال الرجل لامرأته : إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ، فأبانها وانقضت عدتها ، فأكلت الباقي بعض الرغيف ، ثم تزوجها بعد ذلك ، ثم أكلت الباقي طلقت عندنا . ولو أكلت بعض الرغيف وهي في نكاحه ، ثم أبانها وانقضت عدتها ، فأكلت الباقي لا تطلق ، فعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل .

٤٤١٧ - وفي " الأصل " : إذا قال لها : كلما حضت حيضتين [فأنت طالق ، فحاضت حيضة في ملكه ، ثم أبانها وانقضت عدتها ، فحاضت حيضة أخرى لا تبقى اليمين ، حتى لو تزوجها ، ثم حاضت حيضتين لا يقع الطلاق . قال الحاكم : هذا جواب قوله : إذا حضت ، وإن حضت ، لا جواب قوله . كلما حضت ، وفي قوله : كلما حضت ، إذا تزوجها ثم حاضت حيضتين][1] يقع عقيبها الطلاق ، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في " الجامع " ، إلا أن محمداً في " الأصل " ذكر كلمة " إذا وإن " وكلمة " كلما " ، وأجاب في الكل بجواب " إن وإذا " ، كأنه ذهب عليه شغل خاطره ، وهذا لما عرف أن كلمة " كلما " توجب التكرار بخلاف كلمة " إن " و " إذا " .

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : ما ذكر في " الأصل " جواب كلما . وهذا القائل يقول : في المسألة روايتان ، على رواية " الجامع الصغير " : يقع الطلاق إذا حاضت حيضتين بعد ما تزوجها ، وعلى رواية الأصل لا يقع . وهذا القائل يقول : بأن الثابت بكلمة " كلما " في الحال يمين واحدة على رواية " الأصل " ، وتتجدد انعقادها مرة بعد مرة ، كلما حنث يتجدد يمين أخرى ، فإذا لم يكن في ملكه ولا في عدته [حال][2] تمام الشرط الأول الذي هو حال انعقاد اليمين الأخرى ، لم ينعقد الأخرى ؛ لأن اليمين لا تنعقد في غير الملك إذا لم يكن مضافاً إلى

---

(١) أثبت من " ب " و " ف " و " م " .

(٢) هكذا في " ب " و " ف " .

الملك. وعلى رواية "الجامع" الثابت بكلمة "كلما" في الحال أيمان منعقدة، يقع الحنث في المعطي؛ لوجود شرط الحنث فيها، ويبقى الباقي، فصار حال تمام الشرط الأول حال بقاء اليمين الثانية، فلا يشترط قيام الملك في تلك الحالة - والله سبحانه وتعالى أعلم -

نوع آخر في تعليق الطلاق بأحد الشرطين صورةً ومعنًى:

٥٤١٨ - إذا قال الرجل: إن خطبتُ فلانة، أو تزوجتها، فهي طالق، فخطبها، ثم تزوجها، لا تطلق؛ لأن شرط حنثه أحد الشيئين الخطبة، أو التزوج، فمتى خطبها وجد شرط الحنث والمرأة ليست في نكاحه، فيحل اليمين لا إلى جزاء. فإذا تزوجها بعد ذلك، فإنما تزوجها واليمين منحلة، فلا يحنث، ذكر المسألة في حيل "الأصل".

٥٤١٩ - قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه: وهو بمنزلة ما لو قال: إن قبّلتُ فلانة أو تزوجتها فهي طالق، فقبّلها ثم تزوجها لم تطلق؛ لأن اليمين انحلت بالتقبيل. فإن تزوّجها قبل الخطبة بأن زوّجها منه فضولي فبلغها فأجازت، طلقت، بمنزلة ما لو قال: إن قبّلتُ فلانة أو تزوجتها، فهي طالق، فتزوجها قبل أن يقبّلها فإنها تطلق. وكان ينبغي أن لا تطلق فيهما؛ لأن شرط وقوع الطلاق التزوج، وقد وجد ذلك قبل دخولها في نكاحه، فينبغي أن ينحل اليمين لا إلى الحنث.

قلنا: نعم! شرط الحنث التزوج، إلا أن التزوج إنما يتم بإجازتها عند ذلك وهي في نكاحه، وهذه المسألة تؤيد قول من يقول في قوله: "گر دختر فلان مرا دهند"، أو قال: بزني دهند، فهي طالق فتزوجها، إنها تطلق[1] في الوجهين جميعاً؛ لأن شرط الحنث وإن كان هو التزويج، إلا أن تمام التزويج بتزوجه، وعند ذلك هي في نكاحه، ألا ترى أن محمداً رحمه الله تعالى في هذه المسألة جعل الإجازة من تمام التزويج، حتى قال بوقوع الطلاق في هذه المسألة.

٥٤٢٠ - وفي "المنتقى": إذا قال: إن تزوجت فلانة، أو أمرت إنساناً يزوجها مني، فهي طالق، وإن أمرت إنساناً بتزويجها، فهي طالق، فأمر إنساناً بذلك، فزوّجها منه، أو يزوجها بنفسه بعد ذلك لا تطلق؛ لأن اليمين انحلت بالأمر لا إلى جزاء. ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن أمرتُ إنساناً تزويجها فهي طالق، فأمر إنساناً فزوّجها منه[2] طلقت؛ لأن هناك يمينان: إحداهما انعقدت على الأمر، والثانية على التزوج، فبالأمر انحلت اليمين

(١) وفي ب: "لا يطلق"، وهو خطأ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م، ب.

يمينه؛ لأن شرط بره دخول الدارين أو ضرب السوطين، ولم يوجد ففات شرط البر، وعند فوات شرط البر يتعين الحنث.

٥٤٢٧- وكذلك إذا قال: إن لم أكلم فلانًا وفلانًا اليوم، فامرأته طالق، فكلم أحدهما ولم يكلم الآخر حتى مضى اليوم، طلقت امرأته. والأصل أن اليمين متى عقدت على عدم الفعل في محلين، ينظر فيهما إلى شرط البر، وعند فوات شرط البر يتعين الحنث، في أيمان "الجامع" في باب من الأيمان مما يوجب الرجل على نفسه.

٥٤٢٨- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": فيمن قال لامرأته: إن لم أدخل الليلة المدينة، ولم آت فلانًا، فأنت طالق، فدخل ولم يصادفه في منزله، ولم يلقه حتى أصبح، قال: إن كان حين حلف كان عالمًا أنه غائب عن منزله يحنث، وإن كان لا يعلم بغيبته لا يحنث [في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالى](1). وهو نظير ما لو حلف ليقتلن فلانًا، وفلان ميت. وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن يحنث على كل حال، فينظر إلى شرط البر، وشرط البر شيئان: دخول البلدة، ورؤية فلان، ولم يوجد رؤية فلان، ففات شرط البر، فتعين الحنث. والله سبحانه وتعالى أعلم.

نوع آخر منه يبتني على أصل:

أن المعرّف من كل وجه لا يدخل تحت اسم النكرة، وهو قوله: [illegible] والمعرّف من وجه يدخل تحت اسم النكرة، والمعرّف من كل وجه ما لا يشاركه غيره في ذلك كالمشار إليه، وكالمضاف بالكناية. والمشار إليه نحو قولك: هذه الدار، وهذا العبد، فإنه لا يدخل تحت قوله: [هذه الدار وهذا العبد](2) غير المشار إليه. والمضاف بالكناية نحو قوله: داري وعبدي، فإنه لا يدخل تحت قوله: داري وعبدي، دار غيره، وعبد غيره. فأما المعرّف بالاسم [نحو قولنا: محمد بن عبد الله، والمضاف إلى الاسم نحو قولنا: دار محمد بن عبد الله دخل تحت اسم النكرة؛ لأنه معرّف من وجه؛ لأن التعريف بالاسم والإضافة إلى الاسم](3) لا يقطع الشركة من كل وجه؛ لأن المسمى محمد بن عبد الله كثير، ولهذا يحسن الاستفهام، فيقال: من محمد بن عبد الله؟ فيحتاج إلى زيادة تعريف، فيبقى فيه نوع تنكير إن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وب وف.

(٢) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ف وم وب.

فإن قيل: ما ذكرتم يشكل [بما لو][1] قال: كل امرأة أتزوجها ما دامت عمرة حية، أو قال: حتى تموت، فهي طالق، فتزوج عمرة لا تطلق، وقد صارت عمرة معرفة بالاسم، فينبغي أن تدخل تحت اسم النكرة وهو قوله: كل امرأة، حتى تطلق [إذا تزوجها، ومع هذا لا تطلق][2].

قلنا: عامة المشايخ رحمهم الله تعالى على أن تأويل المسألة أن عمرة كانت مشاراً إليها، بأن قال: ما دامت عمرة هذه حية، فأما إذا لم تكن مشاراً إليها تطلق وتدخل تحت اسم النكرة.

الجواب الثاني: أن الاسم والنسبة وضعا للتعريف الغائب لا لتعريف الحاضر، بل لتعريف الحاضر الإشارة كما في الشهادة، فإنها إذا قامت على غائب أو ميت يشترط الاسم والنسب، وإذا قامت على حاضر تشترط الإشارة. إذا ثبت هذا فنقول: الحالف هنا حاضر، فيشترط لتعريفه الإشارة، أو الإضافة بالكناية ولم يوجد، فلم يصر معرفاً بل بقي منكراً، فيدخل تحت اسم النكرة. وفي مسألة الطلاق الاسم والنسب في الغائب لا في الحاضر، فحصل بهما التعريف، ويلغو الصفة، حتى لو كان في الحاضر بأن كانت فلانة حاضرة لا يحصل بهما التعريف، ولا تلغو الصفة، فيتعلق الطلاق بالتزويج، هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله تعالى.

٥٤٣١- ولو قال لنسائه: المرأة التي تدخل منكن الدار طالق، فدخلت امرأة من نسائه الدار طلقت، ولا تطلق واحدة منهن قبل الدخول. ولو قال: امرأته فلانة التي تدخل الدار طالق، طلقت فلانة للحال، ولا يتعلق طلاقها بدخول الدار؛ لأن في المسألة الأولى المسماة غير معرفة [فيتعلق الحكم بالصفة المذكورة، وصارت بمعنى الشرط كأنه قال: إن دخلت امرأة من نسائي الدار فهي طالق. وفي المسألة الثانية المسماة معرفة][3] بالنسب، فلغى ذكر الصفة فيها [والتحقت بالعدم، كأنه قال: فلانة طالق][4]. وعلى قياس مسألة عمرة: ينبغي أن يقال على قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى: إنما تطلق فلانة للحال، إذا كانت فلانة مشاراً إليها؛ لأن التعريف لا يحصل بالاسم من كل وجه، فلا يلغو ذكر الصفة فيها، وعلى ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: يجب أن يقال: لو كانت فلانة حاضرة لا تطلق فلانة للحال؛ لأنها إذا كانت حاضرة فتعريفها بالإشارة، فلا يصير معرفة بالاسم، ولا يلغو ذكر الصفة فيها. ولو

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: بأنه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وب.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٤) أثبت من م و ب.

قال: فلانة بنت فلان طالق إن دخلت الدار، لم تطلق حتى تدخل، بخلاف ما لو قال: فلانة التي تدخل الدار طالق، والفرق أن قوله: إن دخلت صريح في الشرط، ومن حكم الشرط أن المعلق به لا يراد إلا عند وجوده، وفي حق هذا المعنى المعرف والمنكر سواء، أما النسبة أو الصفة ليس بصريح في الشرط، ولكن معنى النسبة والصفة شرطاً، لم يصح ذكرهما وإنما يصح ذكرهما في النكرة دون المعرفة.

٥٤٣٢- إذا قال: المرأة التي أتزوجها طالق، فتزوج امرأة تطلق. ولو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالق، فتزوجها لا تطلق؛ لأن في المسألة الأولى المسماة غير معرفة أصلاً، فتعلق الحكم بالصفة المذكورة وصارت شرطاً، كأنه قال: إن تزوجت امرأة. وفي المسألة الثانية المسماة معرفة بالإشارة، فلغت الصفة المذكورة والتحقت بالعدم، كأنه قال: هذه طالق، ومن قال لأجنبية: هذه طالق، ثم تزوجها لا تطلق.

٥٤٣٣- وإذا قال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، وله امرأة، فدخل الدار، وطلق امرأته، ثم تزوجها طلقت؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند الشرط، فيصير قائلاً عند دخول الدار: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وله امرأة فطلقها، ثم تزوجها تطلق.

٥٤٣٤- ولو قال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها، فهي طالق، فدخل الدار وطلقها زوجها، ثم تزوجها تطلق أيضاً. وروى هشام عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً: لا تطلق. وروى عنه أيضاً: إذا قال [لامرأته]: إن طلقتك، فكل امرأة أتزوجها، فهي طالق، فطلقها، ثم تزوجها لا تطلق، وعلل فقال: لأن اليمين إنما وقعت بعمل منها بالكلام على غيرها.

٥٤٣٥- وروي عنه أيضاً: إذا قال: [ ][1] إن طلقت فلانة، فكل امرأة أتزوجها، فهي طالق، فهذا على غيرها. وجه ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنها صارت معرفة بالإضافة بالكناية وبذكر الاسم، فلا يدخل تحت اسم النكرة كما لو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها ما دامت حية، فهي طالق، وطلق امرأته، ثم تزوجها لا تطلق؛ لأنها صارت معرفة بالإضافة بالكناية، فلم تدخل تحت اسم النكرة.

وجه ما ذكر أنه تطلق: أن قوله لامرأته: إن دخلت الدار، فكل امرأة أتزوجها، فهي طالق يمينان معنى، وإن كانت يميناً واحدة صورة؛ لأن قوله: إن دخلت الدار شرط، وجزاؤه قوله: فكل امرأة أتزوجها، فهي طالق، وقوله: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق يمين تامة، تعلم

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ف وم وب.

معرفًا في الشرط بإضافته الدار إلى نفسه، فلا تدخل تحت اسم النكرة، وهو قوله: أحد، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

٤٤٣٩ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: إذا قالت المرأة لزوجها: إنك تزوجت عليّ، فقال الرجل: كل امرأة لي طالق ثلاثًا، طلقت المخاطبة، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنها لا تطلق؛ لأن غرض الزوج من هذه اليمين تطييب نفسها، وتسكين قلبها من كل وجه، وذلك إنما يحصل إذا أراد الزوج إيقاع الطلاق على امرأة أخرى، ونحن نقول: يحتمل أن يكون غرض الزوج ما قلتم، ويحتمل أن يكون غرضه منه تطليقها بإيقاع الطلاق عليها؛ لأنها بالغت في الخصومة والمشاجرة، فأغضبه كلامها، فأراد أن يطلقها مع غيرها مغايظة لها، فتساقطت الدلالتان بقيت العبرة لعموم اللفظ. وحكي عن بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى: أنه ينبغي أن يحكم الحال في هذا، فإن كان قد جرى بينهما قبل ذلك خصومة ومشاجرة تدل على أن ذلك أغضب الزوج، وأن الزوج قال ذلك على سبيل الغضب، يقع الطلاق عليها، وإن لم يجر بينهما قبل ذلك خصومة ومشاجرة تدل على أن ذلك أغضب الزوج[1]، لا يقع الطلاق عليها. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: وهذا القول حسن عندي.

٤٤٤٠ - وكذلك إذا قالت: إنك تريد أن تتزوج عليّ، فقال الزوج: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، فطلق المخاطبة، ثم تزوجها تطلق. ولو قيل لرجل: ألك امرأة غير هذه المرأة؟ فقال: كل امرأة لي فهي طالق، لا تطلق هذه، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى.

٤٤٤١ - وفرق بين هذا وبين ما إذا قالت المرأة لزوجها: إنك تزوجت عليّ امرأة، فقال: كل امرأة لي، فهي طالق، حيث تطلق المخاطبة. والفرق أن في كلام الزوج في المسألتين بناء على سؤال السائل، فإنما يدخل تحت كلام الزوج ما يجوز أن يكون داخلًا في سؤال السائل، والمذكور في قول المرأة: إنك تزوجت على امرأة، واسم المرأة يتناولها كما يتناول غيرها، فجاز أن تدخل هي تحت قول الزوج. أما المذكور في المسألة الأخرى في سؤال السائل غير هذه المرأة [وقوله: غير هذه المرأة][2] لا يحتمل هذه المرأة، فلا تدخل تحت قول الزوج.

٤٤٤٢ - قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها ما عشت، فهي طالق، فطلق هذه المرأة، ثم تزوجها، لا تطلق وإن نواها عند اليمين - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، أثبتناه من ظ، وم، وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ، وم، وف.

الفصل الثامن عشر في الطلاق الذي يقع بقوله: أول امرأة أتزوجها وبقوله: آخر امرأة أتزوجها

٥٤٤٣ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: إذا قال الرجل: أول امرأة أتزوجها، فهي طالق، فتزوج امرأتين في عقدة، وواحدة في عقدة، لم تطلق واحدة منهما؛ لأنه أوقع الطلاق على أول امرأة تزوجها، والأول اسم لفرد سابق، وفي المرأتين إن [وجد السبق لم توجد الفردية، وفي الواحدة إن وجد الفردية][1] لم يوجد السبق. فإن كان قال [بعد][2] هذا: وآخر امرأة أتزوجها فهي طالق، لا تطلق الثالثة ما لم يمت الزوج، فإذا مات وقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى مستندًا إلى وقت التزوج، وعندهما مقتصرًا.

٥٤٤٤ - ولو قال: آخر امرأة أتزوجها، فهي طالق، فتزوج امرأة لم يتزوج قبلها ولا بعدها حتى مات، لم تطلق؛ لأنها موصوفة بالأولية، فلا تتصف بالآخرة لتنافي بينهما.

٥٤٤٥ - ولو قال[3]: أول امرأة أتزوجها، فهي طالق، فتزوج امرأتين إحداهما معتدة الغير، وقع الطلاق على التي صح نكاحها. وكذلك لو تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، ثم تزوج بعدها أخرى نكاحًا صحيحًا، يقع الطلاق على الأخرى، ومبناه على أن ذكر التزوج في المستقبل ينصرف إلى النكاح الصحيح دون الفاسد، فكأنه قال: أول امرأة أتزوجها نكاحًا صحيحًا [فهي طالق، والتي صح نكاحها أول امرأة تزوجها نكاحًا صحيحًا][4].

٥٤٤٦ - قال في «الجامع»: إذا قال الرجل: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج عمرة، ثم تزوج زينب، ثم طلق عمرة قبل الدخول بها، ثم تزوج عمرة ثانيًا، ثم مات الحالف طلقت زينب ولا تطلق عمرة؛ لأن الحالف جعل الآخرية صفة للمعنى، وزينب هي الموصوفة بذلك لا عمرة؛ لأن عمرة موصوفة بكونها أولى في النكاح الأول، وكل ذات اتصفت بالأولية في نكاح، لا تتصف بالآخرية في نكاح آخر؛ لأن الذات لا يختلف باختلاف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في النسخ التي في أيدينا، وكان في الأصل: بعدها.

(٣) وفي م: ولو قال: امرأة أتزوجها، فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت، تزوج بعدها أخرى، أو لم يتزوج، ولو قال: امرأة أتزوجها.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

النكاح]⁽¹⁾، والمرأة الواحدة في المشاهد لا يجوز أن يتصف بالأولية والآخرية.

٥٤٤٧ - ولو نظر إلى عشر نسوة وقال: آخر امرأة أتزوجها منكن طالق، فتزوج واحدة منهن، ثم تزوج أخرى، ثم طلق الأولى، ثم تزوجها ثم مات، فالطلاق واقع على التي تزوجها مرة دون التي تزوجها مرتين. وهذه المسألة والمسألة الأولى سواء فيما إذا مات الزوج بعدما تزوج التاسعة، وإنما يظهر الفرق فيما إذا لم يمت الزوج حتى تزوج العاشرة [بأن تزوج مثلا أربعًا وفارقهن، ثم تزوج أربعًا أخرى وفارقهن، ثم تزوج التاسعة، ثم تزوج العاشرة]⁽²⁾، فإن العاشرة تطلق كما تزوجها، مات الزوج أو لم يمت. وفي المسألة الأولى لو تزوج عشر نسوة على التفاريق، فالعاشرة لا تطلق ما لم يمت الزوج، والفرق أن في المسألة الأولى وقع الطلاق على آخر امرأة يتزوجها من نساء العالم [وما دام الزوج حيًا لا يتيقن بكون العاشرة آخر امرأة يتزوجها من نساء العالم]⁽³⁾ وفي المسألة الثانية أوقع الطلاق على آخر امرأة يتزوجها من العشرة، وكما تزوج العاشرة فقد تيقنا بكونها آخر امرأة تزوجها من العشرة؛ لأنه لا يحتمل ثبوت هذه الصفة للأخرى منهن، بالاتصاف الأولى بالأولية والثانية والثالثة وغيرهما بالوسطى، فتعين العاشرة للآخرية مات الزوج أو لم يمت.

قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو نظر إلى امرأتين وقال: آخر امرأة أتزوجها منكما، فهي طالق، فتزوج [إحداهما، ثم تزوج الأخرى، طلقت الثانية حين تزوجها، وإن لم يمت الزوج، وهو إشارة إلى ما قلنا. ولو قال: آخر امرأة أتزوجها طالق، فتزوج امرأة]⁽⁴⁾ وطلقها، ثم تزوجها ثانيًا، ثم مات لم تطلق، وهو إشارة إلى ما قلنا: إن المرأة إذا اتصفت بالأولية في نكاح، لا يتصور اتصافها بالآخرية في نكاح آخر.

٥٤٤٨ - ولو قال: آخر تزوج أتزوجه فالتي أتزوج طالق، فتزوج امرأة وطلقها، ثم تزوج أخرى، ثم تزوج التي طلقها ثانيًا، ومات الزوج طلقت التي تزوجها مرتين، لا التي تزوجها]⁽⁵⁾ مرة؛ لأنه جعل الآخرية هنا صفة للتزوج، وآخر تزوج باشره نكاح التي تزوجها مرتين. أكثر ما في الباب أنه تزوجها أولا، إلا أن النكاح الثاني غير الأول حقيقة، فجاز أن

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ص و ب.

(2) أثبت من النسخ التي في أيدينا.

(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ص و ب.

(4) أثبت من [illegible].

(5) أثبت من ف.

يتصف بكونه أخيرًا بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك جعل الأخرية صفة للمرأة، وعين هذه المرأة فقد اتصفت بالأولية، فلا يتصور اتصافها بالآخرية.

٥٤٤٩ - وكذلك لو نظر إلى عشر نسوة وقال: آخر تزوج أتزوجه منكن، فالتي أتزوج طالق، فتزوج واحدة وطلقها، ثم تزوج أخرى، ثم تزوج التي طلقها، ثم مات الزوج طلقت التي تزوجها مرتين لما قلنا. ولو تزوج العاشرة لم تطلق العاشرة حتى يموت الزوج.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال: آخر امرأة أتزوجها منكن طالق، حيث تطلق العاشرة، كما لو تزوجها، وإن لم يمت الزوج. والفرق أن في هذه المسألة جعل الأخرية صفة للتزوج، وقبل موت الزوج لم تثبت هذه الصفة للعاشرة، فإنه إذ تزوج واحدة أخرى من العشرة، ثم مات الزوج كان تزوجها آخرًا، وفيما تقدم جعل الأخرية صفة للمرأة، وقبل موت الزوج تثبت صفة الأخرية للعاشرة.

٥٤٥٠ - قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو نظر إلى امرأتين وقال: آخر تزوج أتزوجه منكن، فالتي أتزوج طالق، فتزوج واحدة ثم الثانية، لا تطلق الثانية ما لم يمت الزوج، ولو قال: آخر امرأة أتزوجها منكما طالق، فتزوج إحداهما ثم تزوج الأخرى، طلقت الأخرى، فوقع الفرق بين ما إذا جعل الأخرية صفة للمرأة، وبين ما إذا جعل الأخرية صفة للتزوج، فكذا فيما تقدم -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

أيتكما أكلت هذا الرغيف ، فهي طالق ، فجاءت كل امرأة ببينة على أنها هي التي أكلته ، لاتقبل شهادتهما ؛ لأن القاضي تيقن بكذب إحدى البينتين ؛ لأن الشرط أكل كل الرغيف ، واستحال أن يكون كل واحدة منهما أكلت[1] كل الرغيف ، وإن جاءت إحدى البينتين قبل الأخرى وقضى القاضي بها ، ثم جاءت الأخرى فالقاضي لا يلتفت إليها ، وطريقه ما قلنا .

٥٤٦٢ - وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل ادّعت عليه امرأته أنه طلقها ثلاثا وهو يجحده ، ثم مات الزوج فجاءت المرأة تطلب الميراث ، قال : إن صدقته المرأة قبل أن يموت ، وقالت : صدقت لم تطلقني ورثته ، وإن لم ترجع إلى تصديقه حتى مات لم ترثه .

٥٤٦٣ - مرت امرأة بين يدي رجل ، فقال الرجل : هي طالق ، وسمع ذلك منه قوم ، ثم رأوها معه بعد ذلك ، فقال : هذه امرأتي ، فشهدوا عليه أنه طلقها ، فقال الرجل : طلقتها أمس وهي ليست بامرأة لي ، وتزوجتها اليوم ، وقال القوم : طلقها أمس ، ولا ندري أكانت امرأته أم لا . لا تطلق حتى يشهدوا عليه أنه طلقها[2] وهي امرأته .

٥٤٦٤ - ابن سماعة في نوادره : عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل شهد عليه شاهد أنه طلق امرأته واحدة بائنة ، وشهد آخر عليه أنه طلقها ثلاثا ، فهي واحدة يملك الرجعة .

٥٤٦٥ - وفي المنتقى : عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل قال : امرأته طالق ثلاثا إن كان دخل الدار اليوم ، فشهد شاهدان أنه دخل فقال : فامرأته طالق ، وإن قال الزوج : عبدي حر ، إن كانا رأياني دخلت الدار ، ساعة : إن كان الشاهدان رأياني لا يحكم بعتق العبد بقولهما ، حتى شهد شاهدان غير الأولين أن الأولين رأياه قد دخل ، وكذلك لو كان الزوج قال : عبدي حر إن لم يكونا شهدا علي بزور ، لا يحكم بعتق عبده ؛ لأنه يمكن للذي حلف أن يكون الشاهدين لم يرياني قد دخلت ، وقد شهدا بزور .

٥٤٦٦ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : شاهدان شهدا على رجل أنه طلق امرأته ، وشهد آخران في ذلك بأنه قال : إن دخلت الدار ، والمجلس واحد والكلام واحد ، فإني آخذ ببينة الثبات ، ولو لم تدع المرأة ذلك فرقت بينهما ؛ لأنهما شهدا بالتحريم .

٥٤٦٧ - داود بن رشيد عن محمد رحمه الله تعالى : شهد شاهدان على رجل أنه طلقها واحدة قبل أن يدخل بها ، وشهد آخر أنه طلقها ثلاثا ولا يدري أيهما أول ، قال : أجعلها ثلاثا .

---

(١) وفي ف : أكلة

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ف وب

إن قلت لك أنت طالق، فعبدي حر، فشهد عليه شاهد أنه قال لها يوم الجمعة غدوة: أنت طالق، وشهد عليه شاهد آخر أنه قال لها يوم الجمعة عشية: أنت طالق، قبلت شهادتهما. وعنه أيضاً في صورة أخرى إذا قال لامرأته: إن كلمت فلاناً، فأنت طالق، فشهد أحد الشاهدين أنه كلمه غدوة، وشهد الآخر أنه كلمه عشية طلقت امرأته. وعنه في فصل العتق بخلاف هذا، فإنه قال فيمن قال لعبده: إن كلمت فلاناً، فأنت حر، فشهد شاهد أنه كلمه اليوم، وشهد الآخر أنه كلمه أمس لا تقبل الشهادة.

٥٤٧٣- وعنه أيضاً: إذا قال لامرأته: إن ذكرت طلاقك، إن سميت طلاقك، إن تكلمت به، فعبدي حر، فشهد أحدهما أنه طلقها اليوم، وشهد الآخر أنه طلقها أمس، يقع الطلاق، ولا يقع العتق.

٥٤٧٤- وعنه أيضاً: إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فشهد أحد الشاهدين أنه دخلها غدوة، وشهد الآخر أنه دخلها عشية لم تقبل.

٥٤٧٥- وعنه أيضاً: لو جعل أمر امرأته بيدها شهراً، فشهد شاهد أنها اختارت نفسها يوم الخميس، وشهد آخر أنها اختارت نفسها يوم الجمعة، لا تقبل شهادتهما.

٥٤٧٦- وفي "نوادر هشام": قال: سمعت محمداً رحمه الله تعالى يقول: في رجل تحته أمة أعتقت، فشهد عليه شاهد أنه طلقها ثنتين وهي أمة، وشهد عليه آخر أنه طلقها بعد ما أعتقت ثلاثاً، فهما تطليقتان يملك الرجعة. قال هشام: وسمعته يقول في شاهد شهد: إن فلاناً طلق امرأته ثلاثاً البتة، وشهد آخر أن فلاناً طلقها ثنتين البتة، قال: هي تطليقتان يملك الرجعة.

٥٤٧٧- وذكر ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا شهد شاهد أنه قال: إن دخلت هذه الدار، فامرأتي طالق، فالشهادة باطلة؛ لأن الذي شهد بهذه أو علمه، شهد أنه إذا دخل غير الدار التي شهد عليها صاحبه [يقع الطلاق. ثم لا يقع الحنث بعد ذلك بدخول الدار الأخرى التي شهد عليها صاحبه][6].

٥٤٧٨- وفي كتاب الأقضية من "المنتقى": إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لامرأته: إن كلمت فلاناً، فأنت طالق ثلاثاً، فالقاضي يسأل عن المرأة هل كلمته فلاناً بعد.

---

(٦) هكذا في "ب" و "ف"، وكذا في "م": وشهد آخر أنه قال: إن دخلت هذه الدار، وعنده الدار التي شهد عليها صاحبه أنه يقع الحنث، ثم لا يقع الحنث بعد ذلك بدخول الدار الأخرى التي شهد عليها صاحبها.

ذلك اليمين؟ فإن قالت: نعم، سمع من الشاهدين شهادتهما، وإن قالت: لا، لا يسمع شهادتهما، فإن قالت: لا أدري، وهناك شهود [يشهدون بكلامها][1]، سمع القاضي بشهادتهم، فإذا شهد الشاهدان على اليمين، وشهد آخران على الكلام بعد ذلك فرّق بينهما. فإن كان حلف في ذلك بطلاق كل امرأة، وله امرأة أخرى غائبة، وحضرت بعد ما نفذ الحكم، فإن القاضي يطلّقها في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولا يطلّقها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى يعيد الشهود الشهادة على اليمين، والشهادة على الكلام.

٥٤٧٩ - وإذا شهد شاهدان عند المرأة بطلاقها، فهذا على وجهين: إن كان الزوج غائباً وسعها أن تتزوج، وإن كان الزوج حاضراً جاحداً للطلاق لا يسعها أن تتزوج، ولكن لا يسعها أن تمكنه من نفسها؛ لأن في الوجه الأول لا يمكنها السؤال من الزوج، فيحمل على أنه مقر. وفي الوجه الثاني السؤال ممكن، فإذا احتيج إلى [القضاء بالفرقة][2]، والقضاء بالفرقة إنما يكون من القاضي بحضرة الخصمين.

٥٤٨٠ - وفي «فتاوى النسفي»: إذا شهد الشهود على رجل أن امرأته هذه محرمة عليه بثلاث تطليقات، أو قالوا: حرم عليه بثلاث تطليقات، ولم يقولوا: طلقها ثلاثاً. قال: في الشهادة قصور، ولا بد من إضافة الطلاق إليه. وقيل: لا قصور في الشهادة، ولا حاجة إلى إضافة الطلاق إليه، وهو الأشبه والأصوب.

٥٤٨١ - وفيه أيضاً: إذا شهد شاهدان على رجل أنه حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا، وقد فعل وحنث في يمينه، فقيل: ينبغي أن لا تقبل الشهادة بدون لفظ اليمين؛ لأن الشاهد قد يظن الحنث في يمين ولا حنث فيها.

٥٤٨٢ - وفيه أيضاً: إذا شهد الشهود أن هذه المرأة حرام على زوجها هذا، لا تقبل شهادتهم؛ لأن الحرمة أنواع: حرمة بالإيلاء، وحرمة بالظهار، وحرمة بالطلاق، وأحكامها مختلفة، فلا بد من البيان. والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) هكذا في ب و ف و م، وكان في الأصل: يسمعون كلامها.

(٢) هكذا في ف و م، وكان في ب: وفي الوجه الثاني السؤال ممكن، فإذا وجد احتيج ... إلخ.

الفصل العشرون في طلاق المريض

٥٤٨٣ - إذا طلق الرجل المريض امرأته طلاقاً رجعياً، ورثت ما دامت في العدة، ولو طلقها طلاقاً بائناً، أو ثلاثاً، ثم مات وهي في العدة، فكذلك عندنا ترث، ولو انقضت عدتها، ثم مات لم ترث.

والحاصل أن الزوج بالطلاق في حالة المرض قصد إبطال حقها، لأنه قصد إبطال الزوجية، والزوجية من الوجه الذي هو متعلق الإرث [حقها، فيرد عليه إبطاله، وذلك بإبقاء الزوجية من الوجه الذي هو متعلق الإرث](1) ما دام إمكان [الإبقاء ثابتاً](2)، وما دامت العدة باقية، فالإمكان ثابت، لأن الشرع [ورد بتأخير عمل الطلاق إلى وقت انقضاء العدة في كثير من الأحكام، فكذا في حق هذا الحكم. أما بعد انقضاء العدة، فالإمكان غير ثابت؛ لأن الشرع](3) لم يرد بتأخير عمل الطلاق بعد انقضاء العدة في حق حكم ما، بعمل الطلاق عمله، وارتفع النكاح من كل وجه، فلهذا لا ترث.

٥٤٨٤ - وهذا إذا طلقها من غير سؤالها، فأما إن طلقها بسؤالها، فلا ميراث لها، وكذلك إذا وقعت الفرقة لمعنى من قبلها، فلا ميراث لها؛ لأنا إنما أبقينا النكاح في حق الإرث مع وجود القاطع صيانة لحقها، وقد رضيت ببطلان حقها بسؤال الطلاق، وبمباشرة سبب الفرقة، فعمل القاطع عمله.

٥٤٨٥ - وعن هذا قلنا: إن امرأة العنين إذا اختارت نفسها في مرض الزوج، فلا ميراث لها. وإذا جامعها ابن المريض مكرهة لم ترث؛ لأن الفرقة غير مضافة إلى الزوج، وبقاء الإرث بعد الفرقة بسبب الفرار، وذلك عند إضافة الفعل إليه، فإذا لم يوجد لا يبقى الميراث. قال في الأصل: إلا أن يكون الأب أمر الابن بذلك، فينتقل فعل الابن إلى الأب في حق الفرقة كأنه باشر بنفسه فيصير فاراً.

٥٤٨٦ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا قالت امرأة لزوجها: طلقني، فطلقها ثلاثاً، ثم مات وهي في العدة ورثت استحساناً، لأنها سألت الواحدة، وهي طلقها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، ب وف.

(٢) هكذا في النسخ التي توجد عندنا، وكان في الأصل: الإبقاء باقياً.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، ب وف.

ثلاثاً، فقد طلقها بغير رضاها.

وحد مرض الموت الذي يصير الزوج بالطلاق فيه فاراً، ولا يصح من المريض تبرعاته: أن يكون صاحب فراش قد أضناه المرض، فأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه، فليس بمريض ولا فار، إن كان يشتكي مع ذلك ويحم. هكذا ذكر محمد رحمه الله، وهكذا ذكر القدوري في شرحه، فقد شرط أن يكون صاحب فراش، وبه أخذ بعض مشايخ بلخ وبعض مشايخ ما وراء النهر، حتى إن على قول هؤلاء من أخذه وجع البطن لا يكون مريضاً مرض الموت.

واختلفوا فيما بينهم في معنى قوله: وأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه، قال مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى: أراد به الذهاب إلى حوائجه في البيت من مشيه إلى الخلاء وأشباه ذلك، وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى: أراد به الذهاب إلى حوائجه خارج البيت، حتى إن على قول مشايخنا إذا أمكنه الذهاب إلى حوائجه في البيت، لكن لا يمكنه الذهاب إلى حوائجه خارج البيت، فهو مريض وهو الصحيح.

[وهذا الذي ذكرنا في حق الرجال](١)، فأما المرأة لا تحتاج إلى الخروج من البيت في حوائجها، فلا يعتبر هذا الحد في حقهن، ولكن إذا كانت بحيث لا يمكنها الصعود على السطح، فهي مريضة.

٥٤٨٧ - وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك على طريق الغلبة، لا كونه صاحب فراش، فإنه قال: إذا أخرج الرجل للقصاص، أو للرجم فهو في حكم المريض، وكذا قال: إذا بارز وخرج عن الصف، فهو في حكم المريض. ولو كان محصوراً، أو محبوساً في حد، أو قصاص، أو واقفاً في صف القتال، فهو في حكم الصحيح؛ لأن الهلاك غالب في الذي أخرج للقتل، أو خرج للبراز. وليس بغالب في المحبوس، والواقف في صف القتال. والمرأة في حالة الطلق في حكم المريض، وإن لم تكن صاحبة فراش؛ لأن التلف في هذه الحالة غالب، ذكره القدوري رحمه الله تعالى.

٥٤٨٨ - وإذا نزل في مسبعة(٢) أو ركب سفينة، فهو في حكم الصحيح؛ لأن الهلاك في حقهم ليس بغالب. وإذا أخذه السبع بفمه، أو انكسرت سفينته، وبقي على لوح واحد، فهو في حكم المريض؛ لأن الهلاك [في حقهم] غالب، وفي الجامع أيضاً ما يدل على أن

(١) أثبت من م.

(٢) مسبعة: اسم ظرف من السبع، وفي مختار الصحاح: أرض مسبعة.

الشرط خوف الهلاك[١] على طريق الغلبة، فيه قيل في المشلول[٢]، والمقعد، والمفلوج: ما دام يزداد ما به [فهو في حكم المريض؛ لأنه ما دام يزداد ما به][٣] من العلة، فالغالب أن آخره الموت فإن صارت قديمًا لا يزداد فهو بمنزلة الصحيح؛ لأنه لا يخاف منه الهلاك غالبًا وكذلك المدقوق على هذا. وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة، والصدر الشهيد حسام الدين رحمهما الله تعالى. ومن قال من المشايخ: إذا أخرج للرجم، فهو في حكم المريض، وإذا أخرج للقصاص فهو في حكم الصحيح.

وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: أن المبارز طلاقه كطلاق الصحيح، وهذا خلاف ما ذكرنا في مسائل «الأصل».

ثم في كل موضع صار في حكم المريض، فطلقها، ومات، وهي في العدة ورثت بهذه الجهة، أو بجهة أخرى، هكذا ذكر في «الجامع الصغير»؛ لأنه لما ثبت له حكم مرض الموت صارت الموت الواقع عقيبه وعقيب سبب آخر مضافًا إليهما كالموت الواقع عقيب جرحين صالحين لحصول الزهوق، وإن كان على التعاقب والترادف.

٥٤٨٩- ولهذا قال في «الأصل»: المريض الذي هو صاحب فراش إذا طلق امرأته [في مرضه][٤] ثلاثًا، ثم قيل أنها ترث، ولو طلقها ثلاثًا، وهو مريض، وهما لا يتوارثان، ثم صارا بحال يتوارثان نحو أن يكون أحدهما عبدًا فيعتق، أو تكون المرأة كتابية، فتسلم، لا ترثه؛ لأن حكم الفرار لم يثبت بالإيقاع إذ الكلام لم يكن سبب الميراث في ذلك الوقت، ولا شرط، فلا يثبت حكم الفرار بعد ذلك.

٥٤٩٠- ولو طلقها ثلاثًا، وهو مريض، ثم قبلت ابن زوجها، ثم مات وهي في العدة، فلها الميراث. ولو ارتدت في عدتها، ثم أسلمت فلا ميراث لها. والفرق أن بالارتداد خرجت من أن تكون أهلًا لاستحقاق الإرث، فبطل حقها في الإرث، فلا يعود بالإسلام، فأما في التقبيل لم يخرج من أهلية الوراثة؛ لأن أثر التقبيل في إثبات الحرمة، والحرمة لا تنافي الإرث، فلا تنافي بقاء النكاح في حق الإرث.

٥٤٩١- وإذا علق الرجل طلاق امرأته بفعل نفسه، ففعل ذلك الفعل وهو مريض، فهو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

(٢) لعله هو الصحيح، وكذا في جميع النسخ التي عثرنا عليها: المسلول.

(٣) أثبت من ب، وظ، م.

(٤) هكذا في م.

فارا، سواء كان التعليق في حالة الصحة والشرط في حالة المرض، أو كان التعليق والشرط في حالة المرض . أما إذا كان في حالة المرض فظاهر . وأما إن كان الشرط في حالة المرض فلأنه كما باشر الشرط مع علمه بوقوع الطلاق عنده لا محالة، وبطلان حقها في الإرث، صار كأنه أوقع الطلاق في حالة المرض. ويستوي أن يكون فعلا للزوج منه بد نحو دخول الدار، أو لا بد منه كالصلاة والكلام مع الأبوين وما أشبههما، لأن الفعل الذي لا بد للزوج منه إن لم يكن جناية في حقه، فهو جناية في حقها من حيث إنه يضر بها ويبطل حقها، وحقها معصوم محترم في حق الزوج، فيجعل اضطرار الزوج عدماً في حقها كتناول مال الغير عند الضرورة .

٥٤٩٢ - وإن حصل التعليق بفعل أجنبي، إن حصل التعليق ومباشرة الشرط في مرض الزوج ورثته، وإن حصل التعليق في حالة الصحة لا ترث؛ لأنه لم يوجد من الزوج حال تعلق حقها بماله، لا مباشرة العلة، ولا مباشرة الشرط .

٥٤٩٣ - وكذلك الجواب إذا حصل التعليق بفعل سماوي نحو مجيء رأس الشهر، وما أشبهه، وإن حصل التعليق بفعلها، إن كان فعلا لها منه بد، فإنها لا ترث على كل حال؛ لأن مباشرة الشرط منها بلا ضرورة دليل الرضا بوقوع الطلاق، فنفذ الطلاق في حقها، كما لو طلقها بسؤالها . وإن كان فعلا لا بد لها منه، فإن كان التعليق في حالة المرض [ترث بالإجماع لأن مباشرة العلة وجدت في حالة المرض][1] بغير رضاها، ومباشرة الشرط منها لا تدل على الرضا بحكم هذه العلة؛ لأنها مضطرة في مباشرة هذا الشرط فجعلت بين بليتين، فاختارت أهونهما، والعاقل يكون مضطراً باختيار أدون الشرين لدفع أعلاهما، فلا يثبت به الرضا بوقوع الطلاق .

٥٤٩٤ - وإن كان التعليق في حالة الصحة والشرط في حالة المرض، فإنها ترث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى .

٥٤٩٥ - وقال محمد: لا ترث، لأنه لم يوجد من الزوج مباشرة العلة في حالة المرض، ولا مباشرة الشرط، فلا يكون فاراً، كما لو حصل التعليق بفعل أجنبي .

ولهما أن الشرط وجد من الزوج في حالة المرض معنى . بيانه أنها محمولة من جهة الزوج على مباشرة هذا الشرط، فإنها بسبب تعليقه ابتليت ببليتين بين أن تفعل هذا الفعل، فيقع الطلاق عليها، وبين أن لا تفعل، فتتضرر بسبب الامتناع عن الفعل، أما في الدنيا بأن كان استيفاء مال، أو في الآخرة بأن كانت صلاة مفروضة . وكلام الأبوين فابتلى بين الشرين

---

(١) ثبت من "ب" و"ف" و"م" .

يكون محمولاً على فعل أدناهما وتقع أعلاهما بحكم الطبيعة والعادة، كالقتل بين قتل نفسه وبين قتل غيره يكون محمولاً على قتل الغير لهذا، وقتل المجنون مضاف إلى الحامل، كما في الإكراه. وإذا أضيف فعل المرأة إلى الزوج، صار كأن الزوج علق الطلاق في حالة الصحة بفعل نفسه، وفعل ذلك في مرضه، فإذا جعل طلاق امرأته إلى أجنبي في الصحة، فطلقها في المرض، فإن كان التفويض على وجه لا يملك عزله بعد أن ملكه لم ترث، وإن ملك عزله ورثت؛ لأنه إن ملك عزله لا يكون التفويض لازماً [وما لا يكون لازماً][1] من التصرفات كان لبقائه حكم الإنشاء، فكأنه أنشأ التفويض في المرض، وإذا لم يملك عزله، كان التفويض لازماً، فلا يكون لدوامه حكم الإنشاء، فلم يوجد في مرض الموت مباشرة[2] نفس الطلاق، ولا التفويض لا حقيقة، ولا حكماً، فلا يثبت حكم الفرار.

٥٤٩٦- وفي «المنتقى»: إذا أمر رجلاً في صحته أن يطلق امرأته ثلاثاً، فانطلق الوكيل إلى خراسان، فطلق امرأة الآمر، ووافق ذلك مرض الآمر، فلا ميراث لها إذا كان الآمر في حال لا يستطيع أن يخرج الوكيل، وإن قدر على إخراجه، ولم يخرجه، فلها الميراث.

قلت: وإخراج الوكيل عن الوكالة إنما يصح إذا علم الوكيل بالإخراج، والوكيل ههنا غائب، فإنما يثبت القدرة على الإخراج للآمر إذا كان بحال يخرجه ويعلمه بالإخراج.

٥٤٩٧- وإذا قال: إن لم أفعل كذا، فأنت طالق ثلاثاً، فلم يفعل حتى مات ورثته إن كان دخل بها؛ لأن الطلاق إنما يقع في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأن عدم الفعل عنده يتحقق، وهو مريض في تلك الحالة، فيصير فاراً. وإن ماتت هي ورثها؛ لأن شرط وقوع الطلاق عدم الفعل من الزوج، فإنه لا يتحقق بموتها، فيرث منها لبقاء النكاح.

٥٤٩٨- ولو قال: إذا مرضت، فأنت طالق ثلاثاً، ثم مرض، ثم مات، ورثته؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، فكأنه قال بعد ما مرض: أنت طالق ثلاثاً، وكان الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى يقول: ينبغي أن لا ترث؛ لأن الطلاق إنما يقع بأول المرض، وهو في تلك الحالة لا يكون صاحب فراش، والمرض الذي يوجب تعلق حقها به هو المرض الذي يميته ويجعله صاحب فراش.

٥٤٩٩- إذا ارتدت المرأة وهي مريضة، ثم ماتت في العدة، فلزوجها الميراث، ولو ارتدت وهي صحيحة لم يرثها الزوج، والفرق أن الردة منها متى كانت في حالة المرض،

(١) ساقط من ب و ف و م.

(٢) هكذا في جميع النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: بالمباشرة.

فالفرقة جاءت من قبلها بعد ما تعلق حق الزوج بمالها ، فصارت قاصدة إبطال حقه فارة من الميراث ، فيرد عليها قصدها ما أمكن ، فأما إذا كانت الردة منها في حالة الصحة ، فالفرقة جاءت من قبلها في حال لم يتعلق حق الزوج بمالها ، فلا تصير فارّة قاصدة إبطال حقه .

٥٥٠٠ - وإذا ارتد الزوج ورثت ما دامت في العدة وإن كان الزوج صحيحاً ؛ لأن ردة الزوج توجب القتل ، فيصير الزوج على شرف الهلاك ، فيصير كالمريض بسبب الردة ، والردة موجبة الفرقة ، فحصلت الفرقة في حال المرض معنى ، فيصير الزوج بمباشرتها فاراً ، بخلاف ردة المرأة ؛ لأنها لا توجب القتل ، فلا تصير بمعنى المريضة .

إذا آلى منها وهو صحيح ، ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث ؛ لأنه لم يباشر في مرض موته ، لا نفس الطلاق ، ولا شرطه ، فلا يصير فاراً ، ولو كان الإيلاء في المرض ، ورثت لمباشرته سبب الطلاق في المرض ؛ لأن الإيلاء طلاق مؤجل ؛ لأن المولي في المعنى ، كأنه قال : إن مضى أربعة أشهر ، ولم أقربك ، فأنت طالق .

٥٥٠١ - إذا قال لامرأته في مرضه : قد كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي[1] ، أو قال : جامعت أم امرأتي ، أو بنت امرأتي ، أو قال : كنت تزوجتها بغير شهود ، أو كان بيننا رضاع قبل النكاح ، أو قال : تزوجتها في العدة ، وأنكرت المرأة ذلك بانت منه ، ولها الميراث إن مات وهي في العدة .

٥٥٠٢ - أما إذا قال : طلقتك في صحتي ، فلأنه أقر بالطلاق في المرض ، وادعى الإسناد في حالة الصحة ، ولم يصدق في دعوى الإسناد ، صيانة لحقها في الميراث ، بقي الإقرار بالطلاق في المرض .

٥٥٠٣ - وأما إذا قال : جامعت أم امرأتي ، أو بنت امرأتي ، أما إذا قال : فعلت ذلك في المرض ، فظاهر لأنه باشر سبب الفرقة في المرض ، وأما إذا قال : فعلت في الصحة ، فلأنه لم يصدق في دعوى الإسناد ؛ لما ذكرنا ، بقي الإقرار بمباشرة سبب الفرقة في المرض .

٥٥٠٤ - وأما إذا قال : كان بيننا رضاع ، أو قال : تزوجتها في العدة ، فلأنه أقر بفساد النكاح من الأصل [والإقرار بفساد النكاح من الأصل][2] من الزوج [جعل][3] إنشاء للحرمة في الحال على ما عرف في كتاب النكاح .

---

(١) وفي م : في صحتي صحيحة .

(٢) أثبت من ب و ف .

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا ، وكان في الأصل : حصل .

٥٥٠٥ - وإذا مات الرجل، فقالت امرأته : قد كان طلقني ثلاثًا في مرض موته، ومات وأنا في العدة، ولي الميراث، وقالت الورثة : طلقك في صحته، ولا ميراث لك، فالقول قولها؛ لأن الظاهر شاهد لها؛ لأنها تدعي بقاء النكاح بعد الموت في حق الميراث، والنكاح كان ثابتًا. والظاهر في الثابت البقاء، وكان الظاهر شاهدًا لها.

٥٥٠٦ - [وهذا](١) بخلاف ما إذا قالت امرأة الرجل بعد موته : قد كنت عتقت قبل أن يموت زوجي، ولي الميراث، وقالت الورثة : لا، بل أعتقت بعد موته، أو قالت امرأة مسلم - وهي يهودية أو نصرانية - بعد موته : أسلمت قبل موته، وقالت الورثة : بل أسلمت بعد موته، فالقول قول الورثة؛ لأن هناك الظاهر شاهد للورثة؛ لأن العتق عارض، والإسلام كذلك، والأصل في العوارض أن يحال بحدوثها على أقرب ما ظهر، أما هنا بخلافه.

٥٥٠٧ - وإذا طلق امرأته ثلاثًا في مرض موته ومات، وهي تقول : لم تنقض عدتي قبل قولها مع اليمين وإن تطاولت المدة؛ لأنها أمينة أخبرت بما هو محتمل؛ لأن مدة العدة قد تطول، فإذا حلفت أخذت الميراث، وإن نكلت فلا ميراث لها، كما لو أقرت بانقضاء العدة، ثم أنكرت الانقضاء. وإن لم تقل شيئًا ولكنها تزوجت بزوج آخر في مدة تنقضي في مثلها العدة، ثم قالت : لم تنقض عدتي من الأول، فإنها لا تصدق على الثاني وهي امرأة الثاني، ولا ميراث لها من الأول؛ وجعل إقدامها على التزوج إقرارًا منها بانقضاء عدتها دلالة. ولو لم تتزوج، ولكن قالت : أيست من الحيض، واعتدت بثلاثة أشهر، ثم مات الزوج، وحرمت عن الميراث، ثم تزوجت بعد ذلك بزوج، وجاءت بولد أو حاضت، فلها الميراث من الأول، ونكاح الآخر فاسد.

ولو جاءت الفرقة من المرأة في مرضها، أو في حال طلقها بردة ورث الزوج منها لأن حق الزوج تعلق بمالها في حال مرضها كما أن حق المرأة تعلق بماله في مرضه فكما يمنع الزوج عن إبطال حقها ويرد عليه إبطاله في حقها فكذا يرد على المرأة إبطالها حق الزوج ويبقى النكاح في حق ميراثه عنها. فإن قيل كيف يمكن إبقاء النكاح مع الردة والردة تنافي النكاح؟ قلنا : الردة تنافي الحل، أما لا تنافي الميراث فإن المسلم يرث من المرتد، فيمكن إبقاء النكاح في حق الميراث إن كان لا يمكن إبقاءه في حق الحل.

٥٥٠٨ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع" : رجل قال لامرأتين له في مرض موته وقد دخل بهما : طلقا أنفسكما ثلاثًا، وقد طلقت إحداهما نفسها وصاحبتها في المجلس

(١) هكذا في "ب"، وكان في "م" : وهو.

ثلاثاً [ثم طلقت الأخرى نفسها وصاحبتها في المجلس ثلاثاً][1] طلقتا ثلاثاً وترث التي طلقت آخراً، ولا ترث التي طلقت أولاً.

وهذا الجنس من المسائل ينبني على أصول: أحدها: أن المرأة إذا باشرت علة الفرقة أو شرط الفرقة لا ترث [وكذلك إذا باشرت أحد وصفي العلة وهو آخرهما أو باشرت إحدى العلتين لا ترث][2]، وهذا لأن الحكم يضاف إلى العلة ثبوتاً لها وإلى الشرط وجوداً عنده، فتصير المرأة بمباشرة أحدهما راضية بوقوع الطلاق عليها مقروناً بسبب الطلاق فلا ترث.

وكذا إذا باشرت أحد وصفي العلة وهو آخرهما وجوداً، أو باشرت إحدى العلتين، لما عرف أن الحكم [يضاف إلى آخر الوصفين وعند اجتماع العلل يضاف الحكم][3] إلى كل علة، فإنه ليس معه علة أخرى كالقتل العمد الموجود من القاتلين، وما أشبه ذلك، فتصير المرأة راضية[4] بالطلاق.

ومتى باشرت بعض الشرط، أو بعض العلة أو أحد وصفي العلة وهو ليس آخرهما وجوداً ترث؛ لأن الحكم لا يضاف إليه لا ثبوتاً، ولا وجوداً عنده[5] فبمباشرته لا تصير المرأة راضية بالفرقة.

وأصل آخر أن الأمر بالطلاق في حق المرأة المأمورة بطلاق نفسها تمليك وتفويض، حتى يقتصر على المجلس [وفي حق صاحبتها توكيل حتى لا يقتصر على مجلس][6]، وقد مر بيانه هذا فيما تقدم.

وأصل آخر أن المأمورين بالطلاق بغير بدل إذا لم يكن الأمر معلقاً بمشيئتهما، أو ما أشبه ذلك ينفرد أحدهما به لأنه تصرف لا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، فيكون الواحد والمثنى فيه سواء.

٥٥٠٩- إذا عرفنا هذه الأصول جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: إذا طلقت الأولى نفسها وصاحبتها ثلاثاً في المجلس طلقتا؛ لأنهما أمرتا بالطلاق بغير بدل، ولم تعلق الأمر

---

(١) أثبت من ف و م.

(٢) أثبت من م.

(٣) أثبت من ف.

(٤) وفي م: فتصير المرأة أيضاً راضية.

(٥) وفي م: لا ثبوتا بهبة.

(٦) أثبت من ف و م.

بشرط، فتنفرد أحدهما بالإيقاع، ومتى طلقت كل واحدة ثلاثاً بإيقاع الأولى بقي[1] إيقاع الثانية لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث. ولا ترث التي طلقت أولاً لأنها باشرت علة الفرقة في حقها، وترث التي طلقت آخراً؛ لأنها لم تباشر علة الفرقة، ولا شرط الفرقة، ولا أحد وصفي علة الفرقة، وهو آخرهما؛ أكثر ما فيه أن قول الآخر: طلقت نفسي ثلاثاً رضا بوقوع الفرقة [إلا أن هذا رضاء لم يقترن[2] بوقوع الفرقة][3] بل تأخر عنه، ومثل هذا الرضا لا يبطل حقها عن الإرث، كما لو طلق الزوج امرأته في مرضه بغير سؤالها فسألته الطلاق بعد ذلك لا يبطل حقها عن الإرث بهذا السؤال، كذا هنا.

٥٥١٠ - ولو خرج كلامهما معاً، فإن قالت كل واحدة منهما: طلقت نفسي وصاحبتي معاً طلقتا، ولم ترث واحدة منهما؛ لأن وقوع الطلاق على كل واحدة منهما بإيقاعها على نفسها؛ لأن كل واحدة منهما طلقت[4] نفسها بحكم الملك، وصاحبتها بحكم الوكالة، فاجتمع في حق كل واحدة منهما تطليقها وتطليق صاحبتها، ولا يمكن الجمع بينهما لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث؛ فلا بد من تعيين أحدهما، فنقول: تعيين تطليق المالك أولى لأن تطليق المالك أسبق؛ لأن في التوكيل يحتاج إلى نقل عبارة الوكيل إلى الموكل، وفي تصرف المالك لا يحتاج إلى النقل بل يعمل بنفسه فكان تطليق المالك [أسبق][5] من هذا الوجه. ولما كان وقوع الطلاق على كل واحدة[6] منهما بتطليق كل واحدة منهما نفسها كانت كل واحدة منهما مباشرة علة الفرقة، فلم ترثا لهذا.

٥٥١١ - وإن قالت كل واحدة منهما: طلقت صاحبتي ونفسي لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب، وحكي عن أبي الحسن القمي أنهما ترثان؛ لأن كل واحدة منهما إنما طلقت بفعل [صاحبتها وفعل صاحبتها لا أصل له في حرمانها. وعامة المشايخ

---

(١) وفي م: أما.

(٢) وفي م: لم يتقدم.

(٣) أثبت من ف و م.

(٤) وفي ف: مطلقة.

(٥) أثبت من ف.

(٦) وفي م: كل واحدة منهما بإيقاع نفسها، صارت كل واحدة منهما بإيقاع مباشرة على الفرقة، فلم ترثا لهذا، وإن قالت... إلخ.

رحمهم الله على أنهما لا ترثان لأن كل واحدة إذا طلقت بفعل[1] نفسها. بيانه أن أول الكلام يتوقف على آخره إذا وجد في آخره ما يغير حكم أوله، وقد وجد في آخره كلام كل واحدة منهما ما يغير حكم أوله؛ لأن كل واحدة منهما لو اقتصرت على قولها: طلقت صاحبتي تطلق كل واحدة بتطليق صاحبتها وترثان، وإذا ضمت قولها ونفسي، فإنما تطلق كل واحدة بتطليق نفسها بالأمر فيتوقف أول الكلام من كل واحدة على آخره، فصار هذا وما لو قالت كل واحدة: طلقت نفسي وصاحبتي سواء.

٥٥١٢ - ولو طلقت إحداهما بأن قالت إحداهما: طلقت نفسي ثلاثًا، وقالت الأخرى: طلقتك وطلقت هي، ولا ترث، لأنها إذا طلقت بفعل نفسها فقد باشرت علة الفرقة وورثت الأخرى لأنها لم تطلق بل بقيت منكوحة. وإن طلقتهما إحداهما بأن قالت إحداهما: طلقت نفسي وصاحبتي طلقتا، ولم ترث هي لأنها[2] حرمت بفعل غيرها. وإن قالت إحداهما: طلقت صاحبتي ثلاثًا ثم قالت صاحبتها بعد ذلك: طلقت نفسي ثلاثًا ورثتا لأن التي تكلمت أولا لم تطلق أصلا، والتي تكلمت آخرًا حرمت بفعل غيرها، وإن طلقت كل واحدة صاحبتها ورثتا لأن كل واحدة طلقت بفعل غيرها.

٥٥١٣ - وهذا كله إذا كانتا في المجلس، فأما إذا قامتا عن المجلس، ثم طلقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها ثلاثًا، وخرج الكلامان منهما معًا، أو على التعاقب طلقتا وورثتا، لأن الأمر والتفويض خرج من يد كل واحدة منهما بالقيام عن المجلس، وبقيت الوكالة، فصار وقوع الطلاق على كل واحدة منهما مضافًا إلى صاحبتها على كل حال، فلذلك ورثتا، وكذلك لو طلقت كل واحدة منهما صاحبتها.

ولو طلقت كل واحدة منهما نفسها لا يقع الطلاق لأن الأمر خرج من يد كل واحدة منهما في حق نفسها، وإذا لم يقع الطلاق بقيتا منكوحتين فترثان.

٥٥١٤ - ولو قال لهما في مرضه: طلقا أنفسكما ثلاثًا إن شئتما، وقد دخل بهما وطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثًا لم تطلق واحدة منهما، بخلاف ما إذا قال: طلقا أنفسكما ثلاثًا، ولم يقل: إن شئتما وطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها حيث تطلقان؛ لأن في هذه المسألة علق التفويض بمشيئتهما، ولم يذكر لذلك شيئًا، فانصرف إلى السابق ذكره وهو طلاقهما، كأنه قال: طلقا أنفسكما إن شئتما طلاقكما، وما شاءتا طلاقهما إذا شاءت

---

(1) أثبت من م.

(2) أثبت من ف.

٥٥١٥ - ولو قال في مرضه لامرأتين له وقد دخل بهما: طلقا أنفسكما بألف درهم، والأصل في هذا ما مر أن الأمر بالطلاق في حق المأمور بالطلاق تفويض، وفي حق صاحبتها توكيل إلا أن في هذه الصورة لا ينفرد أحدهما بالإيقاع، لأن الأمر بالطلاق على مال أمر بالمعاوضة، والأصل في المأمورين بالمعاوضة أن لا ينفرد أحدهما بها على ما عرف. إذا ثبت هذا فنقول: لو طلقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها، وخرج الكلامان معًا طلقتا لاجتماعهما على تطليق كل واحدة منهما[1]، ولا ترثان؛ لأن كل واحدة منهما إنما يلتزم المال بمقابلة طلاق نفسها [لا بمقابلة طلاق صاحبتها، والتزام البدل بمقابلة طلاق نفسها][2] يكون رضا منها بطلاقها، والرضا بالطلاق مقارنًا للطلاق يوجب حرمان الميراث. بخلاف الفصل الثاني والثالث، لأن هناك الرضا لم يثبت باعتبار وجوب البدل، لو ثبت إنما يثبت باعتبار أنها بانت بفعلها، وكل واحدة بانت بفعلها وفعل صاحبتها، فلا يثبت الرضا من كل وجه.

٥٥١٦ - وكذلك إذا خرج كلامهما على التعاقب لا ترثان أيضًا، لأن امتناع الإرث هنا بسبب الرضا الذي يقتضي التزام البدل، وفي حق هذا المعنى لا تفاوت بينهما إذا خرج الكلامان معًا أو على التعاقب [وإن طلقتا إحداهما جاز، ولا ترث المطلقة تكلما معًا، أو على التعاقب][3]، وإن قامتا عن المجلس قبل أن تقولا شيئًا ثم طلقتا أنفسهما لم يقع شيء، وورثتا.

٥٥١٧ - قال في الجامع الصغير: إذا قال لها طلقتك ثلاثًا في صحتي وانقضت عدتك وصدقته المرأة، ثم أقر لها بدين، أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث.

٥٥١٨ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إقراره ووصيته جائزة؛ لأن تصادقهما ثبت الطلاق وثبت انقضاء العدة، والتحقت هي [بالأجنبيات، ولهذا ثبت أحكام الأجنبيات][4] في حقها، حتى لو تزوجت بآخر يجوز، ويبطل حقها في النفقة والسكنى، ويجوز وضع الزكاة فيها، وتقبل شهادته لها، والإقرار للأجنبي صحيح، والوصية له صحيحة.

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه تمكنت التهمة في هذا التصادق، فأشبه الظلم في هذه الوصية لجواز أنهما تصادقا على ذلك ليبطل الميراث، فيصح الإقرار والوصية، ليزداد حقها

(١) وفي ب: لاجتماعهما على تعليق كل واحدة منهما.

(٢) أثبت من ب.

(٣) أثبت من ب و م.

(٤) أثبت من ب و ف و م.

والنكاح سبب التهمة، فيعتبر تصادقهما، لأنه لا تهمة في حقهما، ولا يعتبر تصادقهما في حق غيرهما. إذا ثبت هذا فنقول: إذا كان الميراث أكثر من الوصية والمقر به فلا تهمة إذ ليس فيه إبطال حق على الغير، فيعتبر تصادقهما فيه. وإذا كان الوصية والمقر به أكثر، ففي حق الزيادة تهمة، فلا يعتبر تصادقهما في حق الزيادة. ويقول: تصديقهما إياه لا يرتفع النكاح فيما يرجع إلى بطلان حقهما في الإرث، فبقي الإرث ومع بقاء الإرث لا يصح الإقرار والوصية.

وأما ما ذكر من الأحكام قلنا: تلك الأحكام تثبت بتصادقهما، إذ لا تهمة فيهما، إذ ليس فيها ضرر على أحد، بخلاف الإقرار والوصية.

٥٥١٩- وإن طلقها في مرضه بأمرها، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية، فلها الأقل من الميراث ومن الوصية في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى. وفي قول زفر: الإقرار والوصية لها جائز، لأن المانع من جوازهما الميراث، وقد بطل الميراث بسؤالها الطلاق. ولنا ما بينا من التهمة من حيث إنه يجوز أنها قصدت بالسؤال تصحيح الإقرار والوصية، فرددنا سؤالها لهذه التهمة، وأقمنا العدة مقام النكاح في حق الحجر من الوصية والإقرار، بخلاف المسألة الأولى على قولهما، لأن ثمة ثبت وقوع الطلاق في حالة الصحة بتصادقهما وثبت انقضاء العدة بحال ما أقر بسبب التهمة لم يوجد وهو النكاح أو العدة، أما هنا بخلافه. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يجيب عن كلامهما في تلك المسألة ويقول: الزوج متهم في إقراره بالطلاق في حالة الصحة، فرددنا إقرارها في حالة الصحة إقرارها في حق صحة الإقرار والوصية بالزيادة - والله سبحانه وتعالى أعلم

الفصل الحادي والعشرون في التعليقات التي هي إيقاع في الحال معنى بطريق المجازاة

٥٥٢٠ - إذا قالت المرأة لزوجها: يا لئيم[1]، أو قالت: يا [قلتبان][2]، فقال الزوج: إن كنت أنا كذلك، أو قال: إن كنت أنا قلتبان، فأنت طالق، فحاصل الجواب في هذه المسألة وأخواتها أن الزوج ينوي، إن أراد التعليق لا يقع الطلاق ما لم يكن كذلك، وإن أراد المكافاة والمجازاة، وفارسيته خشم راندن يقع الطلاق، وإن لم يكن الزوج كذلك، ومعنى المجازاة بالعربية أني طلقتك مجازاة على مقالتك[3] هذه، ومعنى خشم راندن بالفارسية أنك أغضبتني بهذه المقالة، خشم خويش بدين طريق راندم كه طلاق دادم، وإن لم يكن للزوج نية تكلم المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، والمختار للفتوى أنه إن كان في حالة الغضب يحمل على المكافاة والمجازاة، وإن لم يكن في حالة الغضب يحمل على التعليق.

وتكلموا في تفسير القلتبان فقيل: أن يكون عالماً بفجور امرأته، راضياً به، وقيل: أن يكون عالماً بفجور محارمه راضياً بذلك، وقيل: أن يبعث التلميذ الكبير إلى امرأته، وقيل: أن يخليه مع الغلام البالغ، ولو كان قال لها: إن علمت أني قلتبان، فأنت طالق لا يقع الطلاق ما لم تقل: علمت أنك قلتبان؛ لأنه علق الطلاق بمعنى في قلبها، فيتعلق بالإخبار عنه كما في قوله: إن كنت تحبيني وأشباه ذلك.

٥٥٢١ - وإذا قالت لزوجها: يا سفلة! فقال الزوج: إن كنت أنا سفلة، فأنت طالق، وأراد به التعليق لا يقع الطلاق ما لم يكن سفلة، وتكلموا في معنى السفلة، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: المؤمن لا يكون سفلة بل السفلة هو الكافر، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن السفلة الذي لا يبالي ما قال وما قيل له.

وعن محمد رحمه الله تعالى أن السفلة الذي يلعب بالحمام ويقامر، وعن خلف ابن أيوب رحمه الله تعالى: أن السفلة الذي يرجع القهقرى عن العدو، وقيل: الذي لا يعطي الثقة[4]

(١) لفظة: الأحمق.

(٢) هكذا في ب، ... ف، وكان في الأصل و... م ... قرطبان.

(٣) وفي ب ... و ... ف: مقالاتك.

(٤) وفي التاترخانية: القانة.

في قومه، وعن أبي عبد الله البلخي رحمه الله تعالى هو الذي يشتم أباه وأمه، ويقرأ القرآن في الطريق، وعن ابن المبارك هو الذي يشتغل بالفجور به، وقيل: وهو الطفيلي، وقيل: الذي يختلف إلى باب القضاة، وقيل: هو الذي يطعم أهله مع الإمكان خبز الشعير ولحم البقر في موضع لا يعتاد.

وفي "الملتقط": رواية مجهولة أن السفلة الخسيس في عقله ودينه الساقط قد يكون على الحسب، وعلى ما وصفت لك من الخسيس في العقل والدين، وقيل: في تفسيره بين حيث وهو الذي لا يمنع امرأته عن كشف الوجه عن غير المحارم، وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى، وعنه أيضاً: أن المؤمن لا يكون سفلة حين يكون مؤمناً، ألا ترى أنه يأتي بكلمة الشهادة، ويدعو في صلاته للمؤمنين والمؤمنات.

٥٥٢٢- فلو قال لها: اگر من دوزخيم تو طلاق لا تطلق، لأنه لا يدري هل هو دوزخي أم لا؟ فإن قيل: أليس أن كل أحد يدخل النار، قلنا: المسلم بدخول النار لا يسمى دوزخياً، فإن وطنه فيها مستعار.

٥٥٢٣- وإذا قالت المرأة لزوجها: أي تلاثة زاده، فقال الزوج: إن كنت من تلاثة زاده، فأنت طالق، وأراد به التعليق، لا تطلق في الحكم، لأنه لا يعرف كونه تلاثة زاده فيما بين الناس، وإن عنت امرأته من الزنا طلقت، ولا يسعها المقام معه.

وقيل في تفسير الكرخي: إنه يستهزئ به، ويضحك منه، وهو ضعف في رأيه، قيل: الكرخ من له امرأة عفيفة صالحة أراد أن يتزوج عليها أخرى. وقيل في تفسير أبله ريش: أن يكون له لحية طويلة جاوزت الحد حتى صارت عاراً. وقيل في تفسير رعنا ريش: أن يكون له مع اللحية خفقان. والناس الذي لا يهتدي إلى الخير ولا يسترشد.

وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه سئل عن الكوسج، فقال: تعد أسنانه، فإن كانت اثنين وثلاثين فهو ليس بكوسج، لأنه إذا كان بهذه الصفة كان وافر الخدين، فإن كانت أسنانه ثمانية وعشرين فهو كوسج؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة كان منضم الخدين وقيل: إذا كانت لحيته خفيفة فهو كوسج؛ لأن الناس تعارفوا إطلاق اسم الكوسج على مثل هذا. وقيل في تفسير الكشخان: هو الذي لا يبالي بما أصابت زوجته بأجنبي، ومعناه أنه إذا سمع ذلك لا يغضب ولا يتغير عن حاله ولا يضربها ولا يلومها على ذلك، وأما إذا ضربها على ذلك فهو ليس بكشخان.

٥٥٢٤- امرأة قالت لزوجها: إنك تغيب ولا تحلف لي النفقة، فغضب الزوج وقصد

ضربها، فقالت : ليس هذا بكلام عظيم، فقال الزوج : إن لم يكن عظيماً، فأنت طالق، ونوى التعليق.

فقيل في الجواب : بأن الزوج إذا كان ذا قدر بحيث تكون هذه الشكاية إهانة لا يقع الطلاق؛ لأن هذه الشكاية من مثل هذا الشخص يكون كلاماً عظيماً، فإن كان دون ذلك يقع الطلاق؛ لأن هذه الشكاية من مثل هذا الشخص لا يكون كلاماً عظيماً - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

الفصل الثاني والعشرون في مسائل الرجعة

٥٥٢٥ - إذا أراد الرجل أن يراجع امرأته فالأحسن أن يراجعها بالقول لا بالفعل، لأن صحة المراجعة بالقول متفق عليها، وصحة المراجعة بالفعل مختلف فيها. ويستحب أن يعلمها بالرجعة، وإن لم يعلم جاز؛ لأن الرجعة عندنا استدامة للقائم وليست بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفًا في خالص حقه [وتصرف الإنسان في خالص حقه][1] لا يتوقف على علم الغير، ولكن استحب الإعلام كيلا يقع في المعصية فإنها ربما تتزوج إذا انقضت عدتها على زعمها، فتقع في المعصية.

والجماع في العدة رجعة، وكذلك التقبيل واللمس بشهوة، وكذلك النظر إلى الفرج بشهوة. وهذا لأنه لو لم يجعل ذلك رجعة يظهر في الآخرة أنه وطئها حرامًا، لأنها تبين عند انقضاء العدة من وقت الطلاق، والتحرز عنه ممكن بأن يجعل ذلك من الزوج دليل استدامة الملك بهذا الطريق.

قلنا: إن البائع بشرط الخيار إذا وطئ الجارية [المبيعة في مدة الخيار][2] كان ذلك منه دليل استدامة ملكه. وقد ظهر الكلام في الوطء ظهر في التقبيل واللمس والنظر إلى الفرج، لأن هذه الأسباب دواعي الوطء فيعطى حكم الوطء. وقيد شيخ الإسلام رحمه الله تعالى النظر بالنظر إلى داخل الفرج، فأما النظر إلى دبرها موضع الجماع منه بشهوة لم يكن رجعة في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، هكذا ذكر القدوري رحمه الله تعالى لأن التقبيل عنده لا يجري مجرى الفرج، ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب الحد عنده، فكان النظر إلى هذا الموضع والنظر إلى سائر الأعضاء سواء.

٥٥٢٦ - وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى لا يصير النظر إلى الدبر رجعة، ولا تصير الرجعة إلا بالنظر إلى الفرج من داخل، ويكره أن يراها متجردة إذا لم يرد الرجعة، وكذا يكره التقبيل واللمس بغير شهوة؛ لأنه لا يأمن أن يشتهي، فيصير مراجعًا لها، فإذا لم يكن من قصده الرجعة يطلقها من ساعته، فيؤدي إلى تطويل العدة، وذلك منهي.

٥٥٢٧ - وإن كانت المرأة قبلته بشهوة، أو لمسته بشهوة، أو نظرت إلى فرجه بشهوة، فإن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كان ذلك بتمكين من الزوج، فهو رجعة. معنى تمكين الزوج هنا أن الزوج علم بذلك منها، فتركها حتى فعلت، وإن فعلت ذلك اختلاساً لا بتمكين من الزوج.

وذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده رحمهما الله تعالى أن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يصير مراجعاً خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى، ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى أن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يصير مراجعاً.

وعن محمد رحمه الله تعالى: روايتان، والظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إنه مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

ثم إنما تثبت الرجعة بفعلها إذا أقر الزوج أنها فعلت ذلك بشهوة [فأما إذا أنكر الزوج الشهوة والمرأة تدعي ذلك][1] لا تثبت الرجعة [وكذلك لو شهد شهود أنها فعلت ذلك بشهوة لا تثبت الرجعة][2] لأن الشهود لا يعرفون الشهوة إلا بقولها، وقولها: غير مقبول إذا أنكر الزوج ذلك قال محمد بن سماعة رحمه الله تعالى في "نوادره": ولو شهد الشهود على القبلة والمس بشهوة لا أقبل شهادتهم، والشهوة غيب لا تجوز الشهادة عليها، وذكر في "نكاح الجامع": أن الشهادة على اللمس والتقبيل شهادة جائزة. وفي "القدوري": ثم فعل المرأة لا تثبت به الرجعة عند محمد رحمه الله تعالى، وفي رواية ابن سماعة أن فعلها رجعة إذا صدقها الزوج في الشهوة، أو مات الزوج، وصدقها ورثة الزوج، فصار عن محمد رحمه الله تعالى روايتان، كما ذكر شمس الأئمة الحلواني.

٥٥٢٨- قال في "نوادر ابن سماعة": وكذلك لو قبلته وهو نائم أو معتوه ثم مات وصدقها الورثة في الشهوة.

٥٥٢٩- وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الأمالي": أن المرأة إذا لمسته بشهوة، وأقر الزوج أنها فعلت بشهوة، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال: هذه رجعة، وإن نظرت إلى فرجه بشهوة، فإني لا أحفظ فيها قولاً، وهو في القياس مثل ذلك ولكن هذا فاحش قبيح لا يكون رجعة. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا لمس أو قبل في الصلاة بشهوة، فهو رجعة وتفسد صلاته، ولو نظر إلى الفرج بشهوة فهو رجعة ولا تفسد صلاته، ولو كان الزوج في الصلاة، ففعلت ذلك، فالقياس على الرجعة أن تنقض صلاته، قال: والصلاة وما وجهنا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) أثبتناه من ظ وب وم.

سواء يعني الرجعة وهو في الصلاة أشبع، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا تركها تقبله وتباشره فهو رجعة في الطلاق ونقض في الصلاة، فإن فعلته اختلاساً، وهو كاره لم يكن رجعة ولا نقضاً للصلاة، ولو ابتدأته وهو مكره، ثم تركها دائمة عليه، فهو رجعة.

٥٥٣٠ - وفي نوادر هشام: عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق فجامعها، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا أخرج ذكره، ثم أدخله فهو رجعة، وكذلك إذا قال لها: إن مسستك، فأنت طالق فلمسها، فإذا رفع يده عنها ثم أعاد فلمسها ثانياً رجعة، وقال محمد رحمه الله تعالى: إذا مكث هنيهة بعد ما جامع، فإن لم يخرج ذكره، فهو رجعة، وكذلك في اللمس إذا لم يرفع يديه هنيهة، والخلوة بالمعتدة ليست برجعة؛ لأنها لا تختص بالملك [وكل فعل لا يختص بالملك](1) إذا فعل الزوج بالمعتدة لا يكون رجعة.

وتعليق الرجعة بالشرط باطل؛ لأن الرجعة استدامة ملك النكاح فيعتبر بابتدائه.

وليس في الرجعة مهر ولا عوض لما ذكرنا أن الرجعة استدامة الملك والعوض يقابل ثبوت الملك لا استدامته.

٥٥٣١ - والمعتدة من طلاق رجعي تتزين لزوجها إذا كانت الرجعة مرجوة، فأما إذا كانت المرأة تعلم أنه لا يراجعها لشدة غضبه عليها، فإنها لا تفعل ذلك، وإذا كان من شأنه أن لا يراجعها، فالأحسن أن يعلمها بدخوله عليها، إما بالتنحنح، أو بخفق النعل؛ لأن الدخول عليها ليس بمباح، ولكن لأن المرأة في بيتها تكون في ثياب مهنتها، فربما يراها متجردة، ويكره أن يراها متجردة إذا لم يكن من شأنه الرجعة.

٥٥٣٢ - وإذا كان الطلاق بعد الخلوة والزوج يقول: لم أدخل بها فلا رجعة له عليها، والخلوة ما أقيمت مقام الوطء في حق المراجعة؛ لأن ذلك حق الزوج. وإن ادعى الزوج الدخول بها وقد خلا بها، فله الرجعة، وإن لم يكن خلا بها، فلا رجعة له.

٥٥٣٣ - وإذا قال لمعتدته: راجعتك أمس وكذبته، فالقول قوله، ولو قال ذلك بعد انقضاء العدة، فالقول قولها؛ لأن في الفصل الأول أخبر عما تملك استئنافه في الحال، فلا يتهم بالكذب، ولا كذلك في الفصل الثاني، ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: عليها اليمين. ولو قال لها: راجعتك، فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي، فالقول قول الزوج عندهما، والقول قولها عند أبي

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ب.

حنيفة رحمه الله تعالى مع اليمين [وإنما وجبت اليمين عند أبي حنيفة رحمه الله][١]، وإن كان الاستحلاف لأجل النكول والنكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والبذل لا يجري في الأبضاع، لأنها أمينة في الإخبار عما في رحمها والأمينة تستحلف لنفي التهمة، فإذا نكلت عن اليمين فقد حققت التهمة، فلم يبقَ قولها حجة لمكان التهمة، فينتفي[٢] في حق الرجعة لانعدام دليل الانقضاء، لا لسبب النكول الذي هو بذل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٥٥٣٤ - فأما إذا قال لها: طلقتك، فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: القول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما القول قول الزوج، كما في تلك المسألة، ومنهم من قال: القول قولها بالاتفاق في هذه المسألة، ولا يقع الطلاق، ومنهم من قال: القول قول الزوج بالاتفاق، ويحكم بوقوع الطلاق، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: وهو الأصح.

٥٥٣٥ - إذا قال لمنكوحته: إن راجعتك، فأنت طالق، فينصرف يمينه إلى الرجعة [الحقيقة][٣] لا إلى العقد، حتى لو طلقها، ثم تزوجها لا تطلق، ولو راجعها تطلق. ولو قال لأجنبية: إن راجعتك فعبدي حر، ينصرف يمينه إلى العقد، لأن في الأجنبية العمل بالحقيقة غير ممكن فينصرف يمينه إلى المجاز، وفي المنكوحة العمل بالحقيقة ممكن، فلا ينصرف يمينه إلى المجاز.

٥٥٣٦ - وإذا تزوج المطلقة طلاقًا رجعيًا يصير مراجعًا لها، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في الباب الأول من "واقعاته": هو المختار؛ لأن العمل بحقيقة التزوج إن لم يمكن أمكن العمل بمجازه بأن يجعل مجازًا عن الرجعة قال [قال مولانا رضي الله عنه: وكتبت في المستزاد على "الجامع الصغير" أن على قول محمد رحمه الله تعالى يصير مراجعًا، وعلى قول أبي يوسف: لا يصير مراجعًا قال][٤] لمطلقة طلاقًا رجعيًا: أنت عندي كما كنت، وقال: أنت امرأتي، فإن نوى الرجعة يصير مراجعًا، وإن نوى في حكم الميراث وغيره، أو لم يكن له نية لا يصير مراجعًا في هذا الموضع أيضًا قال لمطلقة طلاقًا رجعيًا: إن راجعتك فأنت طالق ثلاثًا، فانقضت عدتها، ثم تزوجها لا تطلق، ولو كان الطلاق بائنًا تطلق؛ لأن في الوجه الأول المحل

(١) هكذا في بقية النسخ التي عندنا.

(٢) وفي جميع النسخ التي اعتمدنا عليها: ىنفي.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: الحقيقة.

(٤) ساقط من ب ، ن ، م .

يقبل حقيقة الرجعة، فانصرفت إليه، ولم يوجد، وفي الوجه الثاني: لا يقبل، فانصرفت إلى الرجعة مجازاً وهو النكاح.

٥٥٣٧- رجل طلق امرأته طلاقاً رجعياً، فذهبت إلى بيت أبيها، فقال الزوج: اي رفته باز أوردمت إن حتى به الرجعة تصح، وفي "فتاوى الأصل": إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً، ثم راجعها، وقال: زدت في مهرك لا يصح؛ لأن الزيادة مجهولة، ولو قال: راجعتك بمهر بألف درهم إن قبلت المرأة ذلك يصح، وما لا فلا؛ لأن هذه زيادة في المهر، فيشترط قبولها، وهذا بمنزلة ما لو جدد النكاح.

فإذا انقضت العدة، فقد بطل حق المراجعة، وإنما يعرف انقضاء العدة إذا كانت المرأة من ذوات الأشهر بأن كانت آئسة، أو صغيرة بمضي ثلاثة أشهر، وإن كانت من ذوات الأقراء، فإن كانت أيام حيضها عشراً بمجرد انقطاع الدم، وإن كان أيام حيضها أقل من عشرة، فحين تغتسل، أو يمضي عليها وقت صلاة كاملة، وأما مجرد انقطاع الدم لا تنقضي العدة، ولا يبطل حق المراجعة، وإن لم تغتسل ولم يمض عليها وقت صلاة كامل، بل تيممت، فإن كانت مسافرة لم تنقطع الرجعة بمجرد التيمم [في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إلا إذا صلت بها، وقال محمد وزفر: تنقطع الرجعة بمجرد التيمم][1]، فإن شرعت في الصلاة لا يحكم بانقطاع الرجعة عندهما ما لم تفرغ من الصلاة، هو الصحيح من مذهبهما، وإن تيممت، وقرأت القرآن، أو مست المصحف، أو دخلت المسجد، ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى.

وفي القدوري: وأما الكتابية، فالرجعة في حقها تنقطع بمجرد انقطاع الدم، وإن كان أيام حيضها دون العشرة.

٥٥٣٨- ولو اغتسلت المعتدة، وبقي عضو واحد لم يصبها الماء، فالرجعة قائمة استحساناً، قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى في بعض النسخ: سواء كان الباقي يداً، أو رجلاً، أو شعراً، فقد سوى بين الشعر وغيره، وقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: المراد منه منابت الشعر وأصوله، لا أطراف الشعر، وقال بعضهم: المراد كل الشعر بناء على أن الجنب أو الحائض إذا اغتسلت، وأصاب الماء منابت الشعر وأصوله إلا أنه لم يصل إلى أطرافه هل يكفيها ذلك من الاغتسال؟ ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان، وإن كان أقل من ذلك يعني أقل من العضو، وذلك نحو الأصبع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

والقياس: فلا رجعة استحسانًا.

والفرق أن الانقطاع الرجعة تعلق بالاغتسال، ولو لم يتم الاغتسال في الفصل الأول بيقين؛ لأن العضو الكامل لا يتسارع إليه الجفاف من الأعضاء، ولا يغفل الإنسان عن معرفة حاله عادة، فيدل الجفاف على عدم وصول الماء إليه، فلا يتم الاغتسال، بخلاف اللمعة لأنا لم نتيقن ثمة بعدم تمام الاغتسال؛ لأن اللمعة يتسارع إليه الجفاف قبل سائر الأعضاء، فيحتمل أن الماء وصل إليه، فتنقطع الرجعة، ويحتمل أنه لم يصل، فلا تنقطع الرجعة. فيجعل الماء واصلًا إليها في حق انقطاع الرجعة دون صحة الصلاة وإباحة التزوج بزوج آخر احتياطًا، حتى لو تيقنت هي بعدم وصول الماء إليها بأن مست عضوًا فقدته لا تنقطع الرجعة، بخلاف العضو الكامل على ما مر.

٥٤٣٩ – ولو تركت المضمضة والاستنشاق، فالرجعة باقية عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعند محمد: تنقطع الرجعة، ولا تحل للأزواج، وإن كانا قد اتفقا أحد المصريين فالرجعة ثابتة لا تبقى. وفي القدوري: أو غسلت سوى الخمار، فقد انقطعت الرجعة، ولا تحل للأزواج.

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقًا رجعيًا، فليس له أن يسافر بها، والسفر بها ليس برجعة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأنه لا يختص بالملك، وليس لها أن تخرج معه [illegible]؛ لأن النص القطعي يحرم خروجها مطلقًا غير مقيد بالسفر، قال الله تعالى: ﴿واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾[1]، والمراد من النص المطلقة الرجعية بدليل سياقه، وهو قوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء﴾ إلى قوله: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾[2].

٥٤٤٠ – قال في الجامع الصغير: رجل طلق امرأته، وهي حامل، وقد ولدت منه، وقال: لم أجامعها[3]، فله عليها الرجعة؛ لأنا قضينا بثبات النسب منه، وثبات النسب منه دليل وجود الوطء منه، فيثبت الوطء منه حكمًا بدليل شرعي، وإذا وجد الوطء منه تأكد الملك في النكاح، والملك المتأكد في النكاح لا يبطل بنفس الطلاق، فيثبت الرجعة، وقول محمد رحمه

(١) الطلاق: ١

(٢) الطلاق: ١

(٣) وفي صحيح الجامع الصغير الموجود عندنا: [illegible] أجامعها

الفصل الثالث والعشرون في مسائل الظهار وكفارته

يجب أن يعلم بأن ركن الظهار تشبيه منكوحته بظهر بأن يقول لامرأته: أنت علي كظهر أمي. وشرط صحته أن تكون المشبهة منكوحة حتى لو ظاهر من أمته بأن قال لأمته: أنت علي كظهر أمي فإنه لا يصح الظهار [لأن حكم الظهار](1) عرف بالنص والنص خاص(2) في حق المنكوحات، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾(3). وأن يكون المشبهة به محرمة مؤبدة، حتى لو شبهها بالمحرمة حرمة مؤقتة كمطلقة ثلاثًا لا يصح الظهار؛ لأن الأصل في هذا الباب التشبيه بالأم وحرمة الأم ثابتة على سبيل التأبيد، وعلى هذا إذا شبهها بذوات المحارم كالعمة، والخالة، والأخت، أو شبهها بمن حرمت عليه برضاع أو صهرية كأم امرأته وامرأة الأب كان مظاهرًا؛ لأن حرمة هؤلاء مؤبدة، ولو شبهها بأخت امرأته أو بامرأة لها زوج، أو مجوسية، أو [مرتدة](4) لم يكن مظاهرًا؛ لأن حرمة هؤلاء غير مؤبدة.

٣٤٥٥ - ولو شبهها بامرأة زنا بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يكون مظاهرًا. وهذا بناء على أن حاكمًا لو حكم بجواز نكاحها لم ينفذ في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد: ينفذ، وجه البناء أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لما لم ينفذ حكم الحاكم علم على أن الحرمة مؤبدة نظير حرمة الأم، وعند محمد رحمه الله تعالى لما نفذ حكم الحاكم علم أن الحرمة مؤقتة، فلا يكون نظير حرمة الأم. فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن الحكم بجواز نكاح هذه حكم بخلاف النص، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم﴾(5)، والنكاح عبارة عن الوطء؛ ووجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن الصحابة اختلفوا في حرمة هذه المرأة، فكان الحكم بجواز نكاحها حكمًا في فصل مجتهد(6) فيه النكاح، كما يذكر ويراد به الوطء يذكر ويراد به

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(2) وكذا في الأصل: خالص.

(3) المجادلة: 3

(4) هكذا في جميع النسخ التي نرجع إليها، وفي الأصل: حربية.

(5) النساء: 22

(6) وفي ... محل مجتهد.

من أهل وجوب الكفارة [عليه إذ كان من أهل التحريم](١)؛ لأن الكفارة عبادة، بدليل أنها تتأدى بالصوم والصوم عبادة، والذمي ليس من أهل العبادة(٢).

ولا تكون المرأة مظاهرا من زوجها؛ لأن موجب الظهار التحريم كالطلاق والطلاق يختص بالزوج، فكذا الظهار.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه تلزمها كفارة الظهار؛ لأن المعنى في جانب الرجل تشبيه المحللة بالمحرمة، وهذا المعنى موجود في جانب المرأة؛ لأن الحل مشترك بينهما

وقال الحسن رحمه الله تعالى: تلزمها كفارة اليمين؛ لأن هذا من المرأة بمنزلة تحريم الزوج على نفسها، وتحريم الحلال يمين. وذكر في بعض المواضع الخلاف بين أبي يوسف والحسن رحمهما الله تعالى بعكس هذا.

٥٥٤٥ - وإذا قال لها: أنت علي كظهر أمي لم يكن إلا ظهارا، يريد بقوله: لم يكن إلا ظهارا أنه ظهار على كل حال نوى الظهار أو الطلاق، أو لم ينو شيئا.

أما إذا لم ينو شيئا، أو نوى الظهار؛ فلأنه صريح في الظهار، وأما إذا نوى الطلاق؛ فلأن حكم الطلاق منسوخ في هذا الباب، ونية المنسوخ باطلة.

٥٥٤٦ - ولو قال لها: أنت علي كظهر أمك فهو مظاهر، ولو قال لها: كظهر ابنتك فلانة يريد به ابنتها من غيره فإن كان دخل بامرأته، فهو مظاهر، وهذا بناء على ما عرف في كتاب النكاح أن الأم تحرم بمجرد عقد البنت، والبنت لا تحرم بمجرد عقد الأم، ولو قال لها: أنت علي كأمي، أو قال لها: أنت علي مثل أمي، فإن نوى ظهارا أو طلاقا، فهو على ما نوى؛ لأنه ليس بصريح في الظهار ولا في الطلاق، ولكن يحتمل الظهار بأن قصد تشبيهها بالأم في الحرمة كذلك، ويحتمل الطلاق بأن قصد إيجاب الحرمة دون الكذب، وأي ذلك نوى صحت نيته، وإن أراد به البر والكرامة لا يلزمه شيء؛ لأن ما نواه محتمل، ومعناه أنت عندي في استحقاق البر والكرامة كأمي. وإن لم يكن له نية فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو ليس بشيء؛ لأن هذا الكلام يحتمل البر والكرامة وهو أدنى، فيحمل عليه أخذا بالمتيقن

وقال محمد رحمه الله تعالى: هو ظهار؛ لأن في التشبيه بجميع الأم تشبيه بظهرها وزيادة، ثم ذلك ظهار بلا نية، فهنا كذلك.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: إن كان في غضب، فهو يمين، إن تركها

---

(١) ليست في ب، ز، ف.

(٢) وفي ب: من أهل التحريم.

أربعة أشهر، ولم يقربها بانت منه بتطليقة، لأن في حمل كلامه على الطلاق حمله على الصدق وفي حمله على الظهار حمل على الكذب، فكان الأول أولى، وعنه رواية أخرى أنه إذا كان في غضب، فهو على الظهار.

وعن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لها: أنت مثل أمي يريد به التحريم، فهو ظهار، وإن لم يكن له نية فهو باطل، وفرق بين هذا وبين ما إذا قال لها: أنت علي مثل أمي.

٥٤٤٧ - وعنه أيضًا: إذا قال لها: أنت أمي يريد به الطلاق فهو باطل؛ لأنه كذب وكذلك إذا قال لها: إن فعلت كذا، فأنت أمي ولا نية له، فهو باطل، وكذلك إذا قال: إن فعلت كذا، فأنت أمي [يريد به التحريم، ففعل ذلك، فهو باطل][1]. ولو قال لها: أنت علي حرام كأمي، فإن نوى الطلاق كان طلاقًا، وإن نوى الظهار، أو نوى التحريم لا غير صحت نيته، أو لم يكن له نية، فلا ظهار، لأن معنى البر لا ينفي لقرن التحريم بحرف التشبيه، وفي احتمال الظهار والطلاق، فأي ذلك نوى صحت نيته، وعند عدم النية يحمل على الظهار لأنه أدنى.

٥٤٤٨ - ولو قال لها: أنت علي حرام كظهر أمي فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو ظهار على كل حال، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا نوى الطلاق، أو نوى الإيلاء، فهو على ما نوى؛ لأن لفظة التحريم يشترك فيه الإيلاء والطلاق، فأيهما نوى صح وصار قوله: كظهر أمي مؤكدًا لما نوى. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن التشبيه بظهر الأم محكم في الظهار، وقوله: أنت علي حرام محتمل في نفسه، والجملة كلام واحد، ورد المحتمل إلى المحكم في الكلام الواحد أولى من رد المحكم إلى المحتمل. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لها: أنت علي حرام كظهر أمي وأراد بالحرام الطلاق ألزمته الطلاق، ولا أصدقه في إبطال الظهار؛ لأن هذا الكلام صريح في الظهار، فهو بتشبيه يريد به صرف الكلام عن ظاهره وليس له هذه الولاية فيلزمانه، وكذلك إذا أراد بالحرام اليمين ألزمته اليمين، ولا أصدقه في إبطال الظهار، فيكون موليًا ومظاهرًا.

٥٤٤٩ - ولو قال لامرأته: أنت علي كفرج أمي ولا نية له فهو ظهار. هكذا ذكر في «الجامع الصغير»؛ لأن هذا التشبيه فوق التشبيه بظهر الأم لأنه فرجها على ظهرها في الحرمة، وهذا دليل على أن حكم الظهار لا يختص بالتشبيه بظهر الأم. وهكذا ذكر القدوري رحمه الله تعالى، والمذكور في القدوري: إذا شبه امرأته بعضو من أمه حرام كان، لا يجوز النظر إليه كالبطن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

والفخذ والفرج فهو ظهار، وفي موضع آخر قال: ويشترط أن يكون ذلك العضو مما يعبر به عن جميع البدن؛ لأن الأصل في الظهار التشبيه بظهر الأم، وظهر الأم عضو لا يجوز النظر إليه، ويعبر به عن جميع البدن، فكل عضو لا يجوز النظر إليه ويعبر به عن جميع البدن كان ملحقاً بالظهر في حق هذا الحكم. وما لا فلا.

٥٥٥٠ - ولو شبه عضواً من امرأته بظهر أمه، فإن شبه عضواً يعبر به عن جميع البدن بظهر أمه، أو شبه جزءً شائعاً من امرأته بظهر أمه، فهو مظاهر، وإن شبه عضواً من امرأته لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل لا يصير مظاهراً [عندنا، والكلام فيه نظير الكلام في الطلاق، وفي القدوري: إذا قال لها: أنا منك مظاهر، أو ظاهرت منك، وعنى الإيجاب، فهو مظاهر، وروى بشر عن](١) أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو قال لها: أنت مني مظاهر، فهو باطل. ولو قال لها: أنت مني كظهر أمي أو عندي أو معي، فهو مظاهر؛ لأن هذه الحروف تقام بعضها مقام البعض.

٥٥٥١ - ولو ظاهر مدة معلومة يوماً، أو شهراً، ثم مضى الوقت، سقط الظهار عندنا، فالأصل عندنا أن الظهار كما يصح مطلقاً يصح مؤقتاً؛ لأن حكم الظهار حرمة مؤقتة إلى غاية الكفارة شرعاً، وذلك دليل على قبول التأقيت من قبل الزوج، وبه فارق الطلاق.

٥٥٥٢ - وفي «المنتقى»: إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي في غد، أو بعد غد، فهو ظهار واحد، وإذا قال لها: أنت علي كظهر أمي غداً وإذا جاء بعد غد فهما ظهاران، فإن كفر اليوم لم يجز عن الظهار الذي وقع بعد غد.

٥٥٥٣ - وفيه أيضاً: إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي رمضان كله أو رجب، فكفر في رجب، سقط عنه ظهار رجب وظهار رمضان استحساناً والظهار واحد، وإن كفر في شعبان لم يجزه؛ لأنه كفر وهو غير مظاهر.

٥٥٥٤ - قال: أرأيت لو قال لها: أنت علي كظهر أمي أبداً إلا يوم الجمعة، ثم كفر، إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز وإن كفر في اليوم الذي هو مظاهر فيه أجزأه عن الكل.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي إلى شهر قال: لا يكون مظاهراً قبل مضي الشهر، فإذا مضى صار مظاهراً.

وكما يحرم الوطء على المظاهر إلى غاية الكفارة، فكذا يحرم الدواعي نحو التقبيل والمس، وما أشبه ذلك؛ وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال: يقبل المظاهر

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

على هذا الترتيب، فيجب تقديمها على المسيس، قال عليه الصلاة والسلام لسلمة ابن صخر رضي الله تعالى عنه: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر»[1]. ولو أعتق بعض الرقبة، ثم وطئ، فعليه أن يستقبل عتق الرقبة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن الشرط في الإعتاق تقديمه على المسيس ومن ضرورته إخلاء الإعتاق من المسيس ولم يوجد الإخلاء عنده؛ لأن الإعتاق عنده يتجزأ، وعندهما: الإعتاق لا يتجزأ، فكما أعتق البعض عتق الكل، فتحقق إخلاء الإعتاق عن المسيس.

٥٥٦٢ - ولو جامعها في خلال الصوم جماعاً يفسد الصوم يستقبل الصوم لوجهين: أحدهما: أن الواجب صوم شهرين متتابعين، وقد فات التتابع لما فسد بعض الصوم. والثاني: أن الشرط تقديم الصوم ومن ضرورته إخلاؤه عن الجماع، ولم يوجد الإخلاء.

ولو جامعها ليلاً، أو نهاراً ناسياً لصومه استقبل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: يمضي فيه، فأبو يوسف رحمه الله تعالى اعتبر المعنى الأول، وهما اعتبرا المعنى الثاني.

٥٥٦٣ - ولو جامعها في خلال الإطعام لا يلزمه الاستقبال؛ لأن تقديم الإطعام على المسيس ليس بشرط في كتاب الله تعالى، حتى يثبت شرط إخلاء الطعام عن المسيس، ولا كذلك الإعتاق والصوم.

٥٥٦٤ - ولا يجزئ في الكفارة الرقبة العمياء، ولا مقطوعة اليدين، ولا مقطوعة الرجلين، ولا مقطوعة اليد والرجل من جانب واحد. والحاصل أن المأمور به رقبة مطلقة والمطلق يتناول الكامل والقائم من كل وجه، وكل واحدة ممن سمينا فائتة من وجه، لفوات جنس المنفعة. أما العمياء ومقطوعة اليدين ومقطوعة الرجلين فظاهر، وكذا مقطوعة اليد والرجل من جانب واحد لأنه لا يمكنه المشي بالعصا [بخلاف مقطوعة اليد والرجل من جانبين حيث يجوز؛ لأنه يمكنه المشي بالعصا][2]، ويمكنه البطش بإحدى اليدين، فلم يفت في حقه جنس منفعة، وكذا لا يجوز الخرساء لفوات جنس المنفعة وهي النطق.

ويجوز الصماء استحساناً، وذكر في "النوادر" أن الصماء لا يجوز وهو القياس، وقيل: رواية "النوادر" محمولة على الصمم الأصلي أنه لا يخلو عن الخرس لأنه لم يسمع

---

(١) قد تقدم تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وب.

الكلام [ليتعلم][١] فظاهر الجواب محمول على الصمم الخفي ؛ لأنه يحمل[٢] على الأخرس ويسمع عند المبالغة في رفع الصوت.

٥٥٦٥ - ويجوز مقطوعة الأذنين، وذاهب الحاجبين وشعر اللحية، وكذا يجوز مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الأكل ؛ لأن الثابت بفوات هذه الأشياء الزينة لا غير، وبه لا يصير الرقبة مستهلكة. ولا يجوز ساقطة الأسنان، لفوات جنس منفعة وهو منفعة المضغ.

٥٥٦٦ - ولا يجوز المدبر وأم الولد، ويجوز المكاتب إذا لم يؤد شيئاً من بدل الكتابة عندنا، فإن أدى شيئاً من بدل الكتابة، لم يجز في ظاهر الرواية، وروى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : أنه يجوز.

٥٥٦٧ - ولا يجوز مقطوع الإبهامين ولا ثلاثة أصابع من كل يد سواهما. ولا يجزئ الجنين ويجزئ الرضيع، وكذا لا يجوز المجنون والمعتوه، وإن كان يجن ويفيق يجوز، ويريد به إذا أعتقه في حال إفاقته، والمريض الذي في حد مرض الموت لا يجزئ، وإذا كان يرجى ويخاف عليه يجوز.

٥٥٦٨ - والمرتد يجوز عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وبعضهم قالوا : لا يجوز ؛ لأنه بارتداده صار حربياً، ولهذا حل قتله، والمرتدة تجوز بلا خلاف.

٥٥٦٩ - ولو أعتق عبداً حربياً في دار الحرب إن لم يخل سبيله لا يجوز، وإن خلى سبيله، ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، بعضهم قالوا : لا يجوز[٣] لأنه صرف الكفارة إلى الحربي، وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : إذا أعتق عبداً حلال الدم قد قضي بدمه عن ظهاره، ثم عفي عنه لم يجزه، وفي البقالي رواية مجهولة : إذا أعتق عبداً حلال الدم قد قضي بدمه ثم عفي عنه، أو كان أبيض العينين فزال البياض، أو كان مرتداً فأسلم أنه يجوز. وإذا أعتق عبداً على جعل بنية الكفارة لم يجزه عن الكفارة، وإن أسقط الجعل، ويجوز إعتاق الآبق إذا علم أنه حي.

٥٥٧٠ - وفي «المنتقى» : إذا أعتق نصف عبد مشترك بينه وبين غيره عن ظهاره، ثم أدى الضمان، وأعتق الباقي عن ذلك الظهار لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما : يجوز إذا كان موسراً، لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فإعتاق النصف يصير معتقاً

---

(١) هكذا في ب [illegible] وكان في الأصل و [illegible] ليعلم.

(٢) وفي [illegible] والأصل : لا يجزئ.

(٣) وفي [illegible] : لا يجوز عبداً حلال الدم ؛ لأنه صرف الكفارة ... إلخ.

الكل، لكن بشرط أن يكون المعتق موسرًا؛ لأنه إذا كان معسرًا كان على العبد السعاية في نصيب شريكه، فيكون هذا إعتاقًا بعوض، فلا يتأدى به الكفارة، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز.

وفرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا أعتق نصف عبده عن ظهاره، ثم أعتق النصف الباقي عن ذلك الظهار، حيث يجوزه، ولا فرق بينهما بحيث الصورة؛ لأن الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى متجزئ، وإذا أعتق النصف اقتصر الإعتاق على نصيبه، وتمكن النقصان في النصف الباقي بسببه؛ لأن النصف الباقي خرج من أن يكون محلًا للتمليك والتملك، وصار في معنى المدبر وأم الولد، وبإعتاقهما لا تسقط الكفارة، وفي حقهما المسألتان على السواء[1].

والفرق أن في الفصلين[2] تمكن النقصان في النصف الباقي بسبب إعتاق النصف الأول عن الكفارة، إلا أن العبد إذا كان كله له أمكن أن يجعل ذلك النقصان مصروفًا إلى الكفارة؛ لأن النصف الباقي على ملكه، فيجعل كأنه أعتق أولًا النصف وبعض النصف الآخر، ثم في المرة الثانية أعتق ما بقي، فيجزيه. أما إذا كان العبد مشتركًا لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفًا إلى الكفارة؛ لانعدام الملك له في ذلك النصف، فيبطل منه النقصان، ولم يصح عن الكفارة، وإنه ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه، فقد صرفه إلى الكفارة وهو ناقص، فصار الحاصل كأنه أعتق عبدًا إلا قدر النقصان.

٥٥٧١- ولو أعتق عبدًا عن ظهار من امرأتين أجزأه أن يجعله عن أحدهما عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن الجنس متحد، ونية التعيين واجبة في الجنس الواحد لغو. وهذا لأن في الجنس الواحد الواجب عليه الكفارات مطلقًا بعددها والواجب لا التعيين، كما في قضاء رمضان، فإن من عليه قضاء يومين من رمضان لا يجب عليه التعيين في القضاء، بل يجب عليه الصوم مطلقًا بعدد الواجب، كذا هنا.

وإذا ثبت أن النية[3] لغو صار وجودها والعدم بمنزلة، فكأنه أعتق عن ظهاره ولم يعين أصلًا، وهناك يجوز الإعتاق عن أحدهما، كذا هنا.

٥٥٧٢- وإذا وجب عليه كفارتان أو ثلاثة عن الظهار، وأعتق ثلاثة رقاب، ينوي عند

(١) هكذا في الأصل، وكان في النسخ التي عندنا: وفي حق هذا المسألتان على السواء.

(٢) وفي ط: المسألتين.

(٣) وفي ب: النية تعيين.

إعتاق كل رقبة أن يكون عن الكفارات، ولم ينو رقبة بعينها عن كفارة بعينها جاز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن عند اتحاد الجنس لو نوى عند إعتاق كل رقبة أن يكون عن الكفارات كلها جاز، فههنا أولى.

ومن ملك رقبة لزمه العتق، وإن كان يحتاج إليها، وكذلك كل من ملك ثمن الرقبة من النقدين. ولا اعتبار بالمسكن وما فيه من الثياب التي لا بد منها، إنما يعتبر الفضل.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: إنما يعتبر الفضل إذا لم يكن كسوباً، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه قال: يجب على الذي يعمل في المحترف قوت يوم، والذي لا يعمل قوت شهر.

٥٥٧٣- ولو قال لعبد: إن اشتريتك فأنت حر، ثم اشتراه ينوي كفارة الظهار لا يجوز من الظهار، ولو قال عند اليمين: عن كفارة ظهاري جاز، ولو قال لعبد: إن اشتريتك فأنت حر عن كفارة يميني أو قال: تطوعاً، ثم اشتراه ناوياً عن ظهاره لم يكن عن ظهاره.

٥٥٧٤- وكذلك إذا قال: إن اشتريته فهو حر تطوعاً، ثم قال: إن اشتريته فهو حر عن ظهاري، ثم اشتراه فهو حر تطوعاً، ويقع العتق عن الجهة التي عينها أولاً، ولا يلحقها الفسخ. وعلى هذا إذا قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر عن ظهاري، ثم قال: إن اشتريته فهو حر عن يميني، ثم اشتراه فهو حر عن الظهار.

٥٥٧٥- وكذلك إذا قال: إن اشتريته فهو حر عن ظهاري من فلانة، ثم قال لامرأة أخرى كذلك، ثم اشتراه فهو حر عن الظهار الأول.

٥٥٧٦- وإذا لم يملك رقبة ولا ثمن رقبة يصوم شهرين متتابعين، فإن صام شهرين بالأهلة جاز وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يوماً، وإن كان بغير الأهلة ثم أفطر لتمام تسعة وخمسين يوماً فعليه الاستقبال. وإن عجز عن الصيام يطعم ستين مسكيناً، ويجزي فيه طعام التمليك، وطعام الإباحة. وتفسير طعام التمليك ظاهر، وتفسير طعام الإباحة أن يغديهم ويعشيهم. فإن أراد أن يطعم طعام التمليك يطعم لكل مسكين نصف صاع من بر، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، كما في صدقة الفطر، وبه ورد الأثر عن عمر رضي الله تعالى عنه، ثم الحنطة مختلف أجناسها، فمن الحنطة ما يبلغ منوان منها نصف صاع، ومنها ما لا يبلغ أكثر من منوين نصف صاع، فلا بد من التقدير بأحدهما.

أما الصاع، أو(1) الكيل، فقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: قد اختلف

---

(1) وفي ظ: في مكان أو.

المشايخ رحمهم الله تعالى في هذا الفصل، قال بعضهم: يعتبر الصاع كما في صدقة الفطر فإن رسول الله ﷺ اعتبر الصاع في صدقة الفطر من غير فصل، وعمر رضي الله تعالى عنه اعتبر الصاع في عين هذه الصورة من غير فصل، ومنهم من قال: يحتاط فيه ويعطي أكثر من منوين، ومنهم من قال: يعتبر الوزن، ولو أدى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة يبلغ صاعًا من تمر، أو شعير لا يجوز والأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلاً عن جنس آخر هو منصوص عليه، وإن كان في القيمة أكثر. ولو أدى ثلاثة أمناء من الذرة يبلغ قيمتها منوين من الحنطة جاز. قال هشام: إنما يجوز إذا أراد أن يجعل الذرة بدلاً عن الحنطة. أما إذا أراد أن يجعل الحنطة بدلاً عن الذرة لا يجوز لأنه أراد أن يجعل المنصوص عليه بدلاً عن الغير المنصوص عليه.

٥٤٧٧- ولو أدى السويق أو الدقيق أجزأه. وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في طريق الجواز، قال بعضهم: يجوز باعتبار العين فيعتبر فيه تمام الكيل، وذلك نصف صاع من دقيق الحنطة وسويقها، وإليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله تعالى. وقال بعضهم: يجوز باعتبار القيمة، فلا يعتبر فيه إلا التمليك، وقد ذكرنا هذا الفصل مع أجناسه في باب صدقة الفطر.

٥٤٧٨- ولو أراد أن يطعم قيمة الطعام، أعطى كل مسكين قيمة نصف صاع حنطة، أو قيمة صاع من تمر أو شعير. وإن أراد أن يطعمهم طعام الإباحة غداهم وعشاهم، وإن غداهم لا غير، أو عشاهم لا غير لا يجزئه عندنا، يريد به أن الغداء بدون العشاء لا يجوز، وكذلك العشاء بدون الغداء لا يجوز، هكذا ذكر في أيمان الأصل.

وفي القدوري في صفة طعام الإباحة: أن يغديهم ويعشيهم، فيحصل لهم أكلتان إما غداءين أو عشاءين، أو يغديهم ويسحرهم، وهذا بيان أن الغداء بدون العشاء، أو العشاء بدون الغداء لا يجوز[1]. قال ثمة أيضًا: ولو غدى إنسانًا، وعشى آخر لم يجز.

وفي «المجرد» عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن غدى ستين، وعشى آخرين لا يجوز، وإن غدى رجلاً ستين يومًا أو عشى مرتين[2] جاز، وكذلك إذا غدى ثلاثين يومًا، وعشى ثلاثين يومًا.

---

(١) هكذا في الأصل، وكذا في النسخ التي في متناول أيدينا: يجوز.

(٢) هكذا في ظ و ب و م، وكان في ف: وعشى آخر.

وعن الحسن بن زياد[1] عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا غدّى في الظهار مسكينًا واحدًا مائة وعشرين يومًا أجزأه، وعن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو غدّى مسكينًا واحدًا، وعشّاه في ستين يومًا لا يجزئه، قال: هذا قوله الآخر. وإذا غدّاهم وعشّاهم، فالمعتبر فيه أكلتان مشبعتان، ولا عبرة فيه لقدر الطعام، حتى روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في كفارة اليمين: لو قدّم أربعة أرغفة، أو ثلاثة بين يدي عشرة وشبعوا، أجزأه وإن لم يبلغ ذلك صاعًا[2] أو نصف صاع، وإن كان أحدهم شبعانًا هل يجوز؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: يجوز [لأنه وجد إطعام العشرة وقد شبعوا][3].

وقال بعضهم: لا يجوز [لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة، وهو ما أشبع العشرة وإنما أشبع التسعة][4] وإلى هذا القول مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى، والمستحب أن يغديهم ويعشيهم بخبز معه إدام، ولو أعطاهم خبزًا [قفارًا][5] بغير إدام جاز.

٥٥٧٩- وإذا غدّاهم وعشّاهم خبز الشعير، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»، وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: تقييد محمد بخبز البر في «الزيادات» دليل على أنه لا يجوز خبز الشعير [وبعضهم جوزوا ذلك، وإليه مال الكرخي رحمه الله، ثم على قول من جوز خبز الشعير][6] لا بد وأن يكون معه إدام.

٥٥٨٠- وإذا غدّاهم وأعطاهم قيمة العشاء، أو عشّاهم وأعطاهم قيمة الغداء يجوز، هكذا ذكر في «الأصل». وفي «الفتاوى»: إذا غدّاهم وأعطاهم مدًّا فيه روايتان، وكذلك الغداء وقيمة العشاء، وكذلك إذا أعطى كل مسكين نصف صاع من تمر أو شعير، ومدًّا من بر، ذكر في «الأصل»: أنه يجوز.

٥٥٨١- وإذا دعى مساكين وأحدهم صبي فطيم أو فوق ذلك، وغدّاهم وعشّاهم لا يجزئه، كذا ذكر في «الأصل». وفي «المجرد»: إذا كانوا غلمانًا يعتمد مثلهم جاز.

٥٥٨٢- وإذا أعطى ستين مسكينًا كل مسكين مدًّا من حنطة لم يجز، وعليه أن يعيد مدًّا

---

(١) وفي «م»: عن محمد والحسن بن زياد.

(٢) وفي «ب» و«ف»: وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعًا أو نصف صاع.

(٣) أثبت من «م» و«ق» و«ب».

(٤) أثبت من «م» و«ف» و«ب».

(٥) أثبت من «ب» و«ف» و«م» أي الخبز الخالي من الإدام.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ف».

آخر عن كل مسكين، فإن لم يجد الأولين فأعطى ستين آخرين، كل مسكين مدًا لا يجزئه؛ لأن المأخوذ علينا في باب الكفارة مراعاة عدد المساكين، ومراعاة وظيفة كل مسكين، ولم يأخذ مقدار وظيفة كل مسكين فلا يجزئه.

٥٥٨٣- وإذا أعطى مسكينًا واحدًا طعام ستين مسكينًا في يوم واحد بدفعة واحدة لا يجوز، ولو صرف إليه طعام ستين مسكينًا في ستين يومًا جاز عندنا، وقد ذكرنا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى آخرًا في المسكين الواحد في طعام الإباحة بخلاف هذا.

٥٥٨٤- ولو صرف طعام ستين مسكينًا إلى مسكين واحد بدفعات متفرقات، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، والصحيح أنه لا يجوز، وفي طعام الإباحة لا يجوز في يوم واحد، وإن فرّق بلا خلاف بين المشايخ رحمهم الله تعالى.

٥٥٨٥- وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينًا في يوم واحد، كل مسكين صاعًا من حنطة جاز عنهما عند محمد رحمه الله تعالى، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجوز عن واحد منهما، فمحمد رحمه الله تعالى يقول: بالمؤدى [وفاء، وصفه بالوصفين](1) وزيادة، والمصرف محل للكفارتين فيجزئه عنهما. وهما يقولان: نية الانقسام لغو؛ لأنها حصلت في غير محله؛ لأن محلها شيئان، والكفارتان من جنس واحد فكأنهما كفارة واحدة لاتحاد الجنس، والشيء الواحد لا يكون محلاً للانقسام، والتحق نية الانقسام بالعدم، وصار كأنه نوى الكفارة لا غير، وهناك يقع عن الواحدة؛ لأن التقدير في هذا الباب بنصف صاع من الحنطة لمنع النقصان، لا لمنع الزيادة، فيقع عن الواحدة احتياطًا. كذا هنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(1) أثبت من «أ» و«ب».

وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا: عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر، و[لأن الإيلاء إذا][1] كان طلاقًا في الابتداء، وجب النظر بقدر ما يعتبر بالشرع، وذلك ما أوجب الله تعالى من التربص أربعة أشهر، فيبقى بعد مضي المدة طلاقًا كما كان.

وأما مدة الإيلاء للأمة فشهران، فإذا مضت هذه المدة، فالحكم فيها كالحكم في الحرة؛ لأن هذه مدة شرعت أجلا للبينونة، فتشبه مدة العدة [فتتنصف بالرق، كما في العدة][3].

قال القدوري رحمه الله تعالى: ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على الجماع في الفرج خاصة؛ لأن الإيلاء إنما صار طلاقًا بواسطة الظلم بمنع حقها المستحق، وحقها الجماع في الفرج، وروي عن محمد رحمه الله تعالى إذا حلف لا يمس جلدي جلدك، لا يكون إيلاء؛ لأنه يحنث بغير الجماع، والإيلاء ما توقف الحنث فيه على الجماع. وزاد في البقالي: إلا أن ينوي الجماع، وكذلك إذا قال: والله لا أمسك، لا يكون إيلاء إلا أن ينوي الجماع.

٥٥٨٨- وفي الفتاوى: إذا قال: والله لا يمس فرجي فرجك، فهو مول، وقال محمد رحمه الله تعالى: إذا قال: لا أجمع رأسي ورأسك، وعنى به الجماع، فهو مول، وإن لم يعن الجماع، فليس بمول، وله أن يجامعها بغير اجتماع على فراش، ولا شيء يجمع رأسيهما عليه، ولو اجتمعا في شيء واجتمع رأسهما عليه من غير جماع حنث في يمينه.

٥٥٨٩- ولو قال: والله لا يجمع رأسي ورأسك وسادة، ولا يؤويني وإياك بيت، ولا أبيت معك على الفراش، فإن عنى الجماع، فهو مول، وإن لم تكن له نية، فهو على الإيلاء. وإن بات على الفراش، ولا يجتمعان على وسادة، ويبيتان على البوري والأرض.

٥٥٩٠- ولو حلف لا يجامعها، فهو مول؛ مع أن هذا اللفظ يتناول الجماع فيما دون الفرج؛ لأنه مأخوذ من الاجتماع، وإنما كان كذلك؛ لأن هذا اللفظ عند الإطلاق يراد به الاجتماع الخاص، وهو التقاء الختانين، ولهذا فهم رسول الله ﷺ من قول الأعرابي: "إني جامعت امرأتي في نهار رمضان"[4] الجماع في الفرج، حتى أوجب الكفارة عليه من غير

---

(1) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

(2) أثبت من م.

(3) أثبت من ب و م.

(4) قوله: إني واقعت... جزء من حديث ذكره في الأحاديث، أخرجها البخاري: ١٩٣٦، ومسلم: ١١١١، والترمذي: ٧٢٤، وأبو داود: ٢٣٩٠، وابن ماجه: ١٦٧١، ومالك في الموطأ: ٦٨٢، والدارمي: ١٧١٦.

بالشك.

٥٥٩٦- وإذا قال لامرأته بالفارسية: اگر از اكنون تا يكسال گرد تو گردم، هر حلال كه بخواهم بر من حرام بود، بعد ما اين زن صحبت كرد، جواب آنست كه اگر پيش از گذشتن چهار ماه از وقت سوگند صحبت كرده باشد، زن حرام شود بحكم الإيلاء؛ لأن الزوج بهذه الصورة صار موليًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

٥٥٩٧- ولو قال: اگر من دست فراز كنم تا يكسال فكذا، فهو مول، حتى لو تركها أربعة أشهر، ولم يجامعها بانت بالإيلاء؛ لأنه يراد بها الجماع عادة، فإن اگر دست فراز وى كند وجامعها فيما دون الفرج، لا يحنث في يمينه وإن كان ذلك في السنة.

٥٥٩٨- ولو قال لها: إن اغتسلت من جنابتي ما دمت امرأتي، فأنت طالق ثلاثًا، فهو مولٍ عنها، حتى لو تركها أربعة أشهر ولم يجامعها، بانت منه بتطليقة؛ لأن هذا اللفظ صار عبارة عن الجماع عادةً.

٥٥٩٩- امرأة قالت لزوجها: مرا بسمار في داري؟ وجامه مي كني؟ از بهر مسواك زدن مي داري، فقال الزوج: اگر ترا از اكنون تا يكسال مسواك زنم فكذا، فإن أراد به الجماع، فهو مولٍ، وبدون النية لا يكون موليًا؛ لأن هذا ليس بصريح، فلا بد من النية.

٥٦٠٠- إذا قال لها: إن قربتك فعليَّ كفارة اليمين، فهو مولٍ، وكذا إذا قال لها: إن قربتك، فعليَّ يمين؛ لأن اليمين سبب الكفارة، فهذا رجل ذكر السبب، وأراد به المسبب.

٥٦٠١- ولو قال لها: إن قربتك فعليَّ حجة، أو عمرة، أو هدي، أو صدقة، أو اعتكاف، أو صيام، فهو مولٍ؛ لأن الإيلاء بالله إنما صار إيلاء باعتبار أن حرمة اسم الله تعالى تمنعه عن القربان؛ لما فيه من هتك حرمة اسم الله تعالى، فيتحقق الظلم بمنع حقها المستحق وهو الوطء، وهذا المعنى موجود هنا. فإن ما التزم عند القربان [من الحج والعمرة وغير ذلك يمنعه عن القربان. ولو قال: إن قربتك، فعليَّ أن أصلي ركعتين، فهو ليس بمولٍ؛ لأن التزام الركعتين من الصلاة لا يمنعه عن القربان](١)، ولا يلحقه مشقة في أدائهما، ولا خسران في ماله، بخلاف ما لو التزم بالقربان عتق رقبة، أو حجة، أو عمرة.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى، فيما إذا قال لها: إن قربتك، فعبدي حر، لا يكون موليًا؛ لأن له أن يبيع العبد ويقربها قبل أربعة أشهر من غير أن يلزمه شيء. وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته: إن قربتك فوالله لأطلقنَّ فلانة، أراد [illegible]

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

امرأة له أخرى، فإنه لا يكون مولياً، ولو قال: إن قربتك، ففلانة طالق بعد ستة، فهو مول.

٥٦٠٢- وذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال: إن قربت امرأتي، فمالي هبة في المساكين، قال: إن نوى الصدقة، فهو مول، وإن لم ينو الصدقة، فهو ليس بمول، والقول في ذلك قوله.

٥٦٠٣- وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال: لله علي أن أعتق عبدي هذا عن ظهاري إن قربت امرأتي فلانة، فهو مظاهراً ليس بظاهر، لا يكون مولياً، ولو قال: عبدي هذا حر عن ظهاري إن قربت امرأتي، فهو مول مظاهر، أو كان أو غير مظاهر، ويجزي عن ظهاره، يريد به إذا كان مظاهراً وقد قربها، ثم قال: كل شيء يعتق إذا قرب امرأته، فهو مول، وكل شيء لا يعتق إلا بفعل الآخر لا يكون مولياً.

٥٦٠٤- وعلى هذا إذا قال: لله علي أن أصوم شهرين عن ظهاري إن قربتك، أو قال: لله علي أن أتصدق على ستين مسكيناً عن ظهاري، فإنه لا يكون مولياً، سواء كان مظاهراً، أو لم يكن. وروى بشر عنه في هذه المسألة، أنه إن كان مظاهراً، فهو مول.

٥٦٠٥- ولو قال لها: إن قربتك، فكل مملوك أملكه فيما أستقبل، فهو حر، أو قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، فهو مول في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يكون مولياً؛ لأنه لا يلزمه بالقربان شيء، ويمكنه القربان يمكنه رفع الطلاق والعتاق عن نفسه، بأن لا يملك مملوكاً ولا يتزوج امرأة. وجه قولهما: أنه يلزم اليمين بالقربان، فيصير مولياً، كما لو قال لها: إن قربتك فهذا العبد حر إن دخل الدار؛ لأن لزوم اليمين يصلح مانعاً عن القربان؛ لأنه يلزمه الامتناع عن تحصيل الشرط خوفاً من نزول [الجزاء][1].

٥٦٠٦- وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لها: إن قربتك فإن اشتريت فلاناً، فهو حر، قال: ذلك لعبد بعينه، فهو ليس بمول، قال: وليس هذا كعموم قوله: وكل مملوك اشتريته، فهو حر، وكذلك على هذا إذا قال لها: إن قربتك، ففلانة طالق إن تزوجتها لم يكن مولياً من امرأته، بخلاف ما إذا عمّ فقال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى.

٥٦٠٧- وروى هشام عن محمد: إذا قال لها: إن قربتك، فعلي صوم شهر كذا، بأن قال مثلاً: فعلي صوم شهر رجب، أو قال: فعلي أن أحج العام، فإن كان رجب يمضي قبل

---

(١) هكذا في «ب» و«ف» و«م»، وكان في الأصل و«ط»: الحرام.

الأربعة الأشهر، أو كان الحج في العام يمضي قبل الأربعة الأشهر، فليس بمول؛ لأنه يمكنه القربان في المدة، وذلك بعد مضي رجب والحج من غير شيء يلزمه، فإن مضي الوقت المضاف إليه النذر يبطل النذر، وإن كان لا يمضي إلا بعد الأربعة الأشهر، فهو مول؛ لأنه لا يمكنه القربان من غير شيء يلزمه.

٥٦٠٨ - وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى أيضاً إذا قال لها: إن قربتك، فعليّ أن أعتق هذا العبد غداً، فهو مول، وقوله: غداً فضل، وعليه أن يعتقه إن قربها، وهو بمنزلة قولك: إن قربتك، فعليّ أن أعتق عبدي هذا أمس، فقوله: أمس فضل، وعليه أن يعتقه إن قربها.

٥٦٠٩ - ولو قال لها: إن قربتك، فأنت عليّ حرام، ينوي به الطلاق، فهو مول؛ لأنه لا يمكنه القربان إلا بطلاق يلزمه، وإن نوى اليمين، فهو مول أيضاً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يكون مولياً حتى يقربها؛ لأن قوله: أنت عليّ حرام عند إرادة اليمين يمين، فصار الإيلاء معلقاً بالقربان، فكأنه قال لها: إن قربتك فوالله لا أقربك، وهناك لا يصير مولياً منها للحال، كذا ههنا.

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يمكنه القربان إلا بشيء يلزمه، وهذا هو حد المولي[1]، كان القياس في قوله: فوالله لا أقربك، أن يصير مولياً للحال، ولكن تركنا القياس ثمة للضرورة؛ لأنه علق الإيلاء بالقربان لفظاً ومعنى، ولو صار مولياً للحال تفوت فائدة التعليق من كل وجه. وقوله: أنت عليّ حرام، ليس بيمين لفظاً، ولو كان يميناً معنى، فلو صار مولياً للحال تفوت فائدة التعليق من وجه، وليس إذا ترك القياس لصيانة فائدة التعليق من كل وجه [ما يدل على تركه لصيانة فائدة التعليق من وجه][2].

٥٦١٠ - ولو قال لامرأته: إن قربتك، فأنت عليّ مثل امرأة فلان، وقد كان فلان آلى من امرأته، فإن نوى الإيلاء كان مولياً، وإن لم ينو لا يكون مولياً؛ لأن التشبيه لا يقتضي الاستواء في كل شيء.

٥٦١١ - ولو آلى من امرأته، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتك في إيلائها، كان باطلاً؛ لأن الاشتراك يغير حكم الإيلاء؛ لأن قبل الاشتراك كان يحنث بقربان الأولى وحدها، وبعد الاشتراك لا يحنث إلا بقربانهما، كأنه قال: والله لا أقربكما، وهو لا يملك

---

(١) وفي م: حد الإيلاء.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ف.

تغير حكم اليمين.

٥٦١٢- ولو قال لامرأته: أنت علي حرام، ثم قال لامرأة أخرى له: أشركتك معها، كان موليًا منهما؛ لأن الاشتراك هنا يغير موجب اليمين(١). ولو قال لهما: أنتما علي حرام، يصير موليًا من كل واحدة منهما، ويلزمه الكفارة بوطء كل واحدة منهما، بخلاف قوله: والله لا أقربكما. والفقه فيه أن قوله: والله لا أقربكما، إنما صار يمينًا موجب الكفارة باعتبار هتك حرمة اسم الله تعالى بمباشرة الشرط، وذا لا يتحقق إلا بقربانهما. أما قوله: أنتما علي حرام، إنما صار إيلاء باعتبار معنى التحريم، وذلك موجود في حق كل واحدة منهما على حدة.

٥٦١٣- ولو قال: والله لا أقربك سنة إلا يومًا، لا يكون موليًا؛ لأنه استثنى يومًا منكرًا، فما من يوم بعد يمينه إلا ويمكنه أن يجعل مستثنى عن يمينه، يقربها من غير شيء يلزمه، والمولي من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه، فإن قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر، الآن صار موليًا؛ لأنه صار بحال لا يمكن قربانها في الأربعة الأشهر إلا بشيء يلزمه.

٥٦١٤- قال في «الجامع»: إذا قال لامرأتين له: والله لا أقربكما إلا يوم الخميس، لا يصير موليًا حتى يمضي أول خميس يأتي عليه بعد اليمين؛ لأن أول خميس يأتي عليه بعد اليمين، فهو مستثنى عن اليمين، فيمكنه القربان فيه من غير شيء يلزمه، فإن مضى أول خميس [أتى عليه من وقت اليمين](٢)، الآن صار موليًا؛ لأنه مضى أول خميس مضى يوم الاستثناء، وبقي اليمين بلا استثناء.

٥٦١٥- ولو قال: والله لا أقربكما إلا يوم الخميس، لا يصير موليًا بهذا اليمين أبدًا؛ لأن المستثنى في هذه الصورة كل خميس يأتي عليه؛ لأنه أضاف النكرة وهو يوم، إلى صفة عامة وهي الخميس، والنكرة إذا أضيفت إلى صفة عامة عمت؛ لأن الإضافة بمنزلة الصفة، وكل يوم اتصف بكونه خميسًا يدخل تحت الاستثناء، فيمكنه القربان في كل خميس يأتي عليه من غير شيء يلزمه، فلهذا لم يصر موليًا.

٥٦١٦- قال في «الجامع الصغير»: إذا قال لامرأته: والله لا أقربك شهرين وشهرين، فهو مول [لأنه جمع بينهما بحرف الجمع، فيعتبر بما لو جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال: والله لا أقربك أربعة أشهر](٣). وكذلك إذا قال: والله لا أقربك شهرين، وشهرين بعد هذين

(١) وفي [illegible]: لا يغير موجب اليمين.

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: يأتي عليه بعد اليمين.

(٣) أثبت من [illegible].

الشهرين، فهو مولٍ لما قلنا.

٥٦١٧- ولو قال: والله لا أقربك شهرين، فمكث يومًا ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين، لا يكون موليًا، وأراد بقوله: لا يكون موليًا في حق الطلاق، حتى لو تركها أربعة أشهر ولم يقربها، لا تبين منه؛ لأن بالكلام الأول لم يصر موليًا في حق الطلاق [لأن الإيلاء في حق الطلاق لا ينعقد على أقل من أربعة أشهر، فإذا قال بعد ما مكث يومًا: والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين، لم يصر موليًا في حق الطلاق][١] صار موليًا الآن، وتعذر جعله موليًا إلا أنه منع نفسه عن قربان امرأته في أقل من أربعة أشهر بيوم؛ لأنه مضى من الشهرين الأولين يوم، حتى لو قال: المقالة الثانية عقيب المقالة الأولى يصير موليًا، نص عليه في «المنتقى».

٥٦١٨- وفي «المنتقى»: إذا قال لها: والله لا أطأك أربعة أشهر بعد أربعة أشهر، فهو مولٍ بمنزلة ما لو قال: والله لا أطأك [ثمانية أشهر، وكذلك لو قال: والله لا أطأك شهرين بعد شهرين، فهو مولٍ، ولو قال: والله لا أطأك][٢] شهرًا بعد سنة، فإنما حلف على شهر بعد سنة تمضي، فلا يحنث بالوطء في السنة.

٥٦١٩- وكذلك لو قال: والله لا أطأك يومًا بعد شهر، فإنما هو على يوم بعد شهر يمضي، وكذلك لو قال: والله لا أقربك شهرين قبل شهرين، فهو مولٍ.

٥٦٢٠- وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال لامرأته: والله لا أقربك أربعة أشهر إلا يومًا، ثم قال من ساعته: والله لا أقربك ذلك اليوم، فهو مولٍ.

٥٦٢١- قال في «الجامع»: إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا قبل أن أقربك بشهر، لا يصير موليًا للحال ما لم يمض شهر بعد اليمين؛ لأن المولي من لا يمكنه قربان امرأته من غير شيء يلزمه [وقبل مضي الشهر يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه][٣]؛ لأن الملتزم هو الطلقات الثلاث مضاف إلى شهر موصوف بأنه قبل القربان، والمراد شهر بعد اليمين، فما لم يمض بعد اليمين [شهر قبل القربان، لا يوجد الوقت المضاف إليه الطلاق، فلا يلزمه الطلاق، فإذا مضى شهر بعد اليمين][٤] ولم يقربها، فقد وجد الوقت المضاف إليه الطلاق، وصار بحيث لا يمكنه

---

(١) أثبت من ب و ف و م.

(٢) أثبت من ظ و ف و م.

(٣) أثبت من جميع النسخ التي عندنا.

(٤) أثبت من ظ و ف و ب.

قربانها إلا بطلاق يلزمه، فيصير موليًا الآن.

٥٦٤٢- ولو قال: إن قربتك، فأنت طالق ثلاثًا قبل أن أقربك بشهر، فههنا يشترط لصيرورته موليًا شيئان: القربان أولًا، ومضي أربعة أشهر بعد القربان لا يقربها فيه؛ لأن بعد القربان يصير قائلًا: أنت طالق قبل أن أقربك بشهر[1].

٥٦٤٣- ولو قال لامرأتين له: أنتما طالقان ثلاثًا قبل أن أقربكما بشهر، لم يصر موليًا للحال منهما، فإذا مضى شهر ولم يقربهما فيه، صار موليًا منهما، والقياس أن لا يصير موليًا ما لم يقرب إحداهما؛ لأن المولي من لا يمكنه القربان إلا بشيء يلزمه، وأمكنه قربان إحداهما [من غير طلاق يلزمه؛ لأن قربان إحداهما نصف الشرط، وبنصف الشرط لا ينزل الجزاء. فإذا قرب إحداهما][2] الآن، صار بحال لا يمكنه قربان الأخرى إلا بطلاق يلزمه، فحينئذ يصير موليًا، إلا أنا استحسنا وقلنا: بأنه يصير موليًا؛ لأن بقربان إحداهما إن كان لا يلزمه الطلاق، إلا أنه يقربه إلى الطلاق، فإنه إذا قرب الأخرى بعد ذلك وحدها وقع الطلاق، وقبله كان لا يلزمه الطلاق بقربان الأخرى وحدها، وهذا نوع ضرر، فإن قرب إحداهما في مسألتنا بعد مضي شهر، ولم يقربهما فيه، لم يحنث؛ لأنه نصف الشرط، فسقط الإيلاء عنها لوجود الفيء إليها بعد انعقاد الإيلاء، وبقي موليًا من الثانية، ولو تركها أربعة أشهر من غير قربان بانت بالإيلاء، وإن قربها[3] أقل من الأربعة الأشهر بانت بالحنث.

٥٦٤٤- إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا قبل أن أقربك، ولم يوقت لذلك وقتًا مقدرًا، طلقت ثلاثًا للحال. ولو قال: أنت طالق قبيل أن أقربك، لا تطلق ما لم يقربها؛ لأن قبيل الشيء ينبئ عن التداني والاقتراب إلى ذلك الشيء، [فصار] تقدير المسألة كأنه قال: أنت طالق قبل أن أقربك بوقت قريب من القربان، وإنما يتصف الوقت بالقرب من القربان إذا وجد القربان. أما قبل الشيء لا ينبئ عن التداني والتقارب، وإنما ينبئ عن وقت مطلق، وليس من ضرورة اتصاف الوقت المطلق بالقبلية على الشيء، وجود ذلك الشيء الذي[4] بعده، كما في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[5]. وكما في قوله تعالى: ﴿إِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبته من ظ وم وف.

(٢) أثبت من ف، وم، وب، وظ.

(٣) هكذا في الأصل، ولكن في النسخ الأخرى عبارته: وإن قربها في الأربعة الأشهر.

(٤) أثبت من جميع النسخ التي عندنا.

(٥) المجادلة: ٣.

قبل أن تمسوهن﴾[1]، وإذا لم يكن هذا شرطاً، فقد وجد الوقت المضاف إليه الطلاق، فيقع الطلاق، هذا هو الفرق.

٥٦٢٥ - وإذا آلى من امرأته المدخول بها، ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر [وبانت منه بتطليقة ووجبت عليها العدة، ثم مضت أربعة أشهر أخرى ولم يقربها][2]، وهي في العدة، بأن امتد طهرها، لا يقع عليها تطليقة أخرى عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، وإليه مال الكرخي، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في "الجامع" في باب اليمين في الإيلاء على إحداهما دون الأخرى.

[وقال بعض مشايخنا: يقع عليها تطليقة أخرى][3]، وأجمعوا على أنه لو تزوجها بعد ما بانت بمضي أربعة أشهر، ثم مضت أربعة أشهر أخرى من غير قربان، أنه يقع عليها تطليقة أخرى، [وكذلك في الكرة الثالثة، وأجمعوا على أنها لو عادت إليه بعد الزوج الثاني، ومضت أربعة أشهر من غير قربان، أنه لا يقع عليها تطليقة أخرى][4].

وجه قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى: أن بعد وقوع الطلاق بحكم الإيلاء الإيلاء باق، ألا ترى أنه لو تزوجها، ثم مضت أربعة أشهر من غير قربان، يقع عليها تطليقة أخرى بحكم الإيلاء بالإجماع، فإذا مضت [أربعة أشهر بعد ذلك، فقد مضت][5] مدة الإيلاء حال قيام الإيلاء، وإنه يوجب وقوع الطلاق لو لم يقع الطلاق. إنما لا يقع بقيام البينونة في المحل، إلا أن قيام البينونة لا يمنع وقوع الطلاق بحكم الإيلاء، ألا ترى أنه لو آلى منها، ثم أبانها بتطليقة، ثم مضت مدة الإيلاء، وهي في العدة[6]، يقع عليها تطليقة بحكم الإيلاء.

ووجه قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى: إنها لما بانت بالإيلاء مرة، يحتاج إلى استيفاء مدة الإيلاء عليها، والمبانة ليست محلاً لابتداء الإيلاء، [فلا يكون محلاً لاستئناف المدة؛ لأن استئناف مدة الإيلاء معتبرة بابتداء الإيلاء][7]؛ لأن للمدة أثراً في إيقاع الطلاق، كما

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من جميع النسخ التي في متناول أيدينا.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٦) وفي م و"ب": وهي معتدة يقع عليها تطليقة.

(٧) أثبت من ف و م.

ولم يقربها، حتى بانت [منه، ثم تزوجها، ثم مضت أربعة أشهر أخرى بانت](1) أيضاً، فإن تزوجها ثالثاً لا يقع شيء؛ لأنه لم يبق من المدة بعد هذا التزوج أربعة أشهر. وفي «الجامع»: إذا قال لامرأتين له: والله لا أقرب إحداهما، يصير مولياً من إحداهما حتى لو قرب إحداهما يلزمه الكفارة، ولو لم يقربهما حتى مضت أربعة أشهر، بانت إحداهما بالإيلاء، وكان البيان إليه؛ لأن تقدير كلامه: إن قربت إحداكما فعلي كفارة يمين، وإن لم أقرب إحداكما حتى مضت أربعة أشهر، فإحداكما طالق. ولو قال: هكذا، كان الجواب على نحو ما ذكرنا، فقد جعل هذا الإيلاء عاماً في حق الطلاق والكفارة جميعاً.

٥٦٢٩ - وفرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها بعد هذه المسألة، وهو ما إذا قال لامرأتين له: والله لا أقرب واحدة منكما، فقرب واحدة منهما يلزمه الكفارة، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانتا، وجعل الإيلاء خاصاً في حق الكفارة، وعاماً في حق الطلاق. وذكر القدوري رحمه الله تعالى في شرح هاتين المسألتين، وذكر في قوله: والله لا أقرب واحدة منكما، خلافاً بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال: على قول محمد يصير مولياً من واحدة منهما في حق الكفارة والطلاق، حتى قال: لو لم يقربهما حتى مضت أربعة أشهر بانت إحداهما، والبيان إليه وهو القياس. وتبين ما ذكر في القدوري أن ما ذكر في «الجامع» قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإنه استحسان، وإن كان ما ذكر في «الجامع» قول الكل، كان لمحمد رحمه الله تعالى قولان في المسألة.

ثم الفرق على جواب الاستحسان بين هذه المسألة وبين تلك المسألة، أن قوله: واحدة، إن كان خاصاً لفظاً، فهو عام معنى؛ لأنه نكرة في موضع النفي، والنكرة في موضع النفي تعم، فاعتبرنا معنى العموم في حق الطلاق، ومعنى الخصوص في حق الكفارة، وإنما أظهرنا معنى العموم في حق الطلاق؛ لأن حكم الطلاق أعم من حكم الكفارة. ألا ترى أنه لو قال: والله لا أقربك، وبانت بمضي أربعة أشهر وتزوجها، فمضت أربعة أشهر أخرى بانت بتطليقة أخرى، وكذلك في المرة الثالثة.

٥٦٣٠ - ولو قربها في النكاح الأول حتى حنث، ولزمه الكفارة لو قربها مرة أخرى، لا تلزمه كفارة أخرى. فعلم أن حكم الطلاق أعم، فأظهرنا معنى العموم في حق الطلاق لهذا. ثم في المسألة الأولى وهو ما إذا قال: والله لا أقرب إحداكما حتى صار مولياً من إحداهما، لو أراد أن يعين الإيلاء في إحداهما قبل مضي أربعة أشهر، لا يقدر عليه؛ لأن فيه

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وب.

تغير الإيلاء؛ لأن الإيلاء انعقد على واحدة بغير عينها في حق حكم الحنث والبر جميعاً، وهو يريد أن يجعله منعقداً على المعينة في حق الحكمين جميعاً، ولكن إذا مضت المدة ووقع الطلاق على إحداهما، يجبر على البيان، هكذا ذكر المسألة في «الجامع».

وذكر في «المنتقى» هذه المسألة في موضعين، وذكر في أحد الموضعين خلافاً بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فقال: إذا وقع الطلاق على إحداهما بعد ما مضت أربعة أشهر، ثم مضت أربعة أشهر أخرى، بانت الأخرى على قول محمد رحمه الله تعالى، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا تبين الأخرى. وفي الموضع الآخر قال: إذا وقع الطلاق على إحداهما بعد ما مضت أربعة أشهر، لا يلزمه الإيلاء في الأخرى، ولم يذكر ثمة خلافاً، فإما أن يقال: إن المذكور في الموضع الآخر قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، أو يكون في المسألة عن محمد روايتان.

٥٦٣١- وفي «المنتقى»: إذا قال لامرأته: إن قربتك، فعبدي هذا حر، فمكث أربعة أشهر ولم يقربها، فرفعته إلى القاضي، فأقر أن هذا العبد عبده[1]، وأنه قال لها: إن قربتك، فعبدي هذا حر، وإنه قد مضى أربعة أشهر من غير قربان، ففرق القاضي بينهما بالإيلاء، وجعلها طلاقاً بائناً. ثم إن العبد أقام البينة أنه حر الأصل، وقضى القاضي بحريته، فإنه يبطل الإيلاء والطلاق، ويرد المرأة على زوجها؛ لأنه تبين أنه لم يكن مولياً.

٥٦٣٢- ولو لم يقم العبد البينة على أنه حر الأصل، ولكن أقام رجل البينة أن العبد عبده، وقضى القاضي بالعبد للمستحق وقال الزوج: العبد عبدي، وشهوده زور، فإن هذا في الاستحقاق[2] والعتق سواء. ألا ترى أني أرده في هذا على بائعه بالثمن، فكذلك أبطل الإيلاء فيه. وقال بعد هذا في مسائل قضاء بالإيلاء، والفرقة ماضي على الزوج بإقراره أن العبد عبده، وأن ما قضى به لازم، ثم قال متصلاً به: والعتق والاستحقاق سواء في جميع ذلك ما لم يكن في العتاق سبب معروف، أو أمر مشهور، فإذا جاء الأمر على ذلك أبطلت قضاء القاضي بالإيلاء، وقال في هذا الموضع أيضاً. إن كان الاستحقاق في الأربعة الأشهر [أو بعدها][3] قبل أن يقضي القاضي بالفرقة، فإن القاضي يبطل الإيلاء من قبل أنه قد قضى بالعبد

(١) وكان من الأصل و«ظ»: عنده.

(٢) وفي «ب»: وشهوده زور، قال: القضاء هذا والعتق سواء، وفي «ب»: فإن هذا في القضاء والعتق سواء.

(٣) أثبت من «ف» و«م» و«ب».

غيره - والله سبحانه وتعالى أعلم - .

نوع آخر من الإيلاء في الغاية:

الإيلاء المعقود إلى غاية له حكمان: أحدهما: حال قيام الغاية، والثاني: بعد فوات الغاية. فأما حكم حال قيام الغاية، أن الغاية إن كانت شيئاً يحلف به، أو يلتزم بالنذر فيتوهم بقاؤه إلى تمام مدة الإيلاء، فإنه ينعقد الإيلاء، وإن كان يتوهم وجودها في مدة الإيلاء، حال قيام النكاح وبقائه، وذلك كالعتق، والطلاق، والصوم. وإن كانت الغاية شيئاً لا يحلف بها، ولا يلتزم بالنذر، وإن كان يتوهم وجودها في مدة الإيلاء حال قيام النكاح كقتل عبده ودخول الدار، لا ينعقد الإيلاء، وإن كان لا يتوهم وجودها في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه، وإنما يتوهم وجودها حال انقطاع النكاح وفساده، كقتله، أو قتلها فإنه ينعقد الإيلاء، وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

فأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن كانت الغاية شيئاً يتوهم وجودها في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه، فإنه لا ينعقد الإيلاء سواء كانت الغاية مما يحلف بها، أو لا يحلف بها، يتوهم بقاؤها إلى مدة الإيلاء أو لا يتوهم. وإن كانت الغاية شيئاً لا يتوهم وجودها في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه، وإنما يتوهم وجودها حال انقطاع النكاح وفساده، ينعقد الإيلاء على كل حال.

٥٦٣٣- بيانه: إذا قال لامرأته: والله لا أقربك حتى أعتق عبدي فلاناً، أو حتى أطلق امرأتي فلانة، أو حتى أصوم شهراً، فإنه يصير مولياً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن الغاية شيء يحلف به غالباً، ويلزم بالنذر، ويتوهم بقاؤها إلى تمام مدة الإيلاء بأن لا تطلق المرأة، ولا يعتق العبد حتى تمضي مدة الإيلاء، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى، لا يكون مولياً؛ لأن الغاية يتوهم وجودها في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه.

٥٦٣٤- وإذا قال لامرأته: والله لا أقربك حتى أقتل عبدي فلاناً، أو قال: حتى أضرب عبدي فلاناً، فإنه لا يصير مولياً بلا خلاف، أما عندهما لأن الغاية شيء لا يحلف به، فلا يلزم بالنذر، وأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: فلأنه يتوهم وجود الغاية في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه.

٥٦٣٥- ولو قال: والله لا أقربك حتى أقتلك، أو قال: حتى تقتليني، أو قال: حتى أقتل، أو حتى تقتل، كان مولياً عندهم جميعاً، أما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما

الله تعالى؛ لأن الغاية وإن كان شيئاً لا يحنث به، إلا أنه لا يتوهم وجودها في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه. وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. فلأنه لا يتوهم وجود الغاية في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه، أو نقول. بأن قتلها أو قتله لا يصلح غاية؛ لأن الغاية في اليمين إنما تذكر لإخراج ما وراء الغاية، بحيث لولا الغاية لتناول اليمين كلها، واليمين لا يتناول ما وراء قتل إحداهما؛ لأن النكاح لا يبقى بعد موت إحداهما، والقربان لا يتصور، فلم تصلح هذه الأشياء غاية، فصار ذكرها والعدم بمنزلة، ولو لم يذكر الغاية كان مولياً، كذا هنا.

٥٦٣٦- ولو قال لامرأته وهي أمة لغيره: والله لا أقربك حتى [أشتريك، لم يكن مولياً عندهم جميعاً؛ لأن ما جعله غاية يتوهم وجوده في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وبقائه، بأن اشتراها لغيره. ولو قال: لا أقربك حتى][1] أملكك، أو أملك شقصاً منك، فهو مول عندهم جميعاً؛ لأنه لا يتوهم وجود الغاية في مدة الإيلاء مع بقاء النكاح وقيامه[2]، هذا بيان حكم الإيلاء حال بقاء حكم الغاية.

أما بيان حكمه بعد فوات الغاية، فنقول: إذا فاتت الغاية، صار مستحيل السكوت، بحيث لا يوجد على ما عليه الغالب، فإنه يسقط الإيلاء سواء كانت الغاية مما يلزم مثلها ديناً في الذمة حال فواتها، متى كان منذوراً بها كالصوم، أو لا يلزم مثلها ديناً في الذمة حال فواتها، بأن[3] كان منذوراً بها كالطلاق والعتاق، وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يسقط الإيلاء بفوات الغاية أي شيء كانت الغاية، ويصير اليمين مرسلة، فيصير مولياً حين فاتت الغاية عنده.

وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: إن كانت الغاية مما لا يلزم مثلها ديناً في الذمة عند فواتها، لو كان منذوراً بها [كالطلاق والعتاق يبطل الإيلاء لفواتها، وإن كانت الغاية مما يلزم مثلها ديناً في الذمة عند فواتها، لو كان منذوراً بها][4] كالصوم المضاف إلى وقت بعينه وقد فات، فإنه لا يبطل الإيلاء بفوات مثل هذه الغاية.

٥٦٣٧- بيان هذا إذا قال لها: والله لا أقربك حتى أقتل فلاناً، فإنه لا يكون مولياً قبل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي ف: وجود الغاية في مدة الإيلاء مع قيام النكاح والعدة، هذا بيان حكم الإيلاء... إلخ

(٣) وفي ف و ظ: متى.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

موت فلان بالإجماع؛ لأنه يتوهم[1] وجود الغاية في مدة الإيلاء حال تمام النكاح وبقاءه، مما لا يحلف به ولا يلزم بالنذر عادة. وأما إذا مات بطلت اليمين عندهما؛ لأن الغاية فاتت على سبيل التأبيد، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: كما مات فلان صارت اليمين مرسلة. ولو قال لها: والله لا أقربك حتى يأذن لي فلان، لا يصير موليًا؛ لأن الغاية مما لا يحلف بها فلا يلزم بالنذر، ويتوهم وجودها في المدة مع بقاء النكاح وقيامه ولكن اليمين منعقدة، فإن مات فلان قبل الإذن سقط اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تصير اليمين مرسلة، فيصير موليًا من حين مات، حتى لو قربها قبل مضي أربعة أشهر يلزمه الكفارة، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء.

٥٦٣٨ - ولو قال لها: والله لا أقربك حتى أصوم شعبان، قال ذلك في رجب، لا يصير موليًا في قولهم جميعًا، أما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنه لا يتوهم بقاء الغاية إلى تمام مدة الإيلاء، فيمكنه قربانها بعد الغاية في مدة الإيلاء من غير شيء يلزمه، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى توهّم وجود الغاية في المدة يمنع انعقاد الإيلاء، فتحقُّق الوجود أولى ولكن اليمين منعقدة، فإذا طلع الفجر من أول يوم من شعبان، فأكل أو مضغ مضغًا لا يستطيع معه الصوم، بطلت اليمين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لصيرورة الغاية مايوسة الوجود، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لفوات الغاية صارت اليمين مرسلة، وصار موليًا من حين أكل، وعند محمد رحمه الله تعالى: كما أكل يصير موليًا؛ لأن هذه غاية يلزم مثلها دينًا في الذمة حال فواتها لو كان منذورًا بها، فإن من قال لامرأته: إن قربتك فعليّ صوم شعبان، لو قربها بعدما مضى شعبان يلزمه صوم شهر آخر بغير عينه، وفوات أصل هذه الغاية لا يوجب بطلان اليمين؛ لأنه يكون قائمًا إلى خلف، فإذا بقيت اليمين، عند محمد رحمه الله تعالى صار موليًا من حين حلف [لأنه من حين حلف صار][2] بحال لا يمكنه قربانها من غير شيء.

٥٦٣٩ - ذكر ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: والله لا أقربك حتى أقرب فلانة، يريد به امرأة أخرى له، ثم قال لفلانة: والله لا أقربك، فهو مولٍ منهما دون الأولى. وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: والله

---

(١) هكذا في "ب" و"ف" و"م"، وكان في الأصل و"ظ": لا يتوهم.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والأثبتناه من "ظ" و"م".

لا أطأك[1] حتى أطأ فلانة (يعني امرأة أخرى له)، ثم قال لفلانة: والله لا أطأك حتى أطأ فلانة (يريد به المرأة الأولى)، لم يكن موليًا من واحدة منهما؛ من قبل أنه لا يكون موليًا من امرأة يحنث بوطئها في يمين حلفها على غيرها، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: والله لا أطأك حتى أدخل هذه الدار، ثم قال: والله لا أدخلها، لا يكون موليًا من امرأته.

٥٦٤٠ - وعن محمد رحمه الله تعالى في رجل قال لامرأته: إن قربتك ما دمت معي، فأنت طالق ثلاثًا، قال: يطلقها تطليقة بائنة، ثم يتزوجها من ساعته فيطأها ولا يحنث، وعلى هذا إذا قال لها: والله لا أقربك ما دمت امرأتي، فأبانها ثم تزوجها [لم يكن موليًا، ويقربها ولا يحنث، وهذا بخلاف ما لو قال: والله لا أقربك وأنت امرأتي، فأبانها، ثم تزوجها كان موليًا منها][2].

٥٦٤١ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: والله لا أقربك ما دام هذا النهر يجري، قال: إن كان [هذا نهرًا لا ينقطع، فهو مولٍ، وإن كان][3] ينقطع، فليس بمولٍ.

وفي «المنتقى»: إذا قال لها: والله لا أقربك ما دمت حاملًا، أو قال: حتى تفطمي، فمضت بعد ذلك أربعة أشهر لا ينعقد الإيلاء[4] -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر في مسائل الفيء:

٥٦٤٢ - الفيء في باب الإيلاء مشروع، عرف شرعيته بقوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو﴾[5]، وإنه لغة عبارة عن الرجوع، يقال: فاء الظل (أي رجع)، سمي الفيء في باب الإيلاء فيئًا؛ لأن المولي بالإيلاء قصد منع حقها في الجماع، وبالفيء يرجع عما قصد، وإنه على ضربين: أحدهما بالوطء، والآخر بالقول عند العجز عن الوطء، فيُنظر في حال الزوج متى آلى من امرأته إيلاء موصلًا، فإن كان صحيحًا قادرًا على الجماع في كل المدة، أو في حال يباشر الإيلاء ففيئه بالجماع، وإن كان مريضًا في كل المدة، ففيئه باللسان، غير أن الفيء بالجماع يعتبر في حق حكمي الإيلاء، والفيء باللسان يعتبر في حق أحد حكميه، حتى إنه إذا فاء إليها

---

(١) وفي ب: لا أقربك.

(٢) هكذا في الأصل و ب.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٤) وفي ب و ف: لا يدخل عليه الإيلاء.

(٥) البقرة: ٢٢٦.

بالجماع، ومضت المدة لا تطلق بالإيلاء، ولكن لو جامعها في المدة يحنث ويلزمه الكفارة.

٥٦٤٣ - والحاصل: أن الفيء باللسان يعمل عمل الجماع في حق إبطال الإيلاء في حق الطلاق، ولا يعمل في حق الحنث، ويجوز أن يبطل الإيلاء في حق الطلاق، ويبقى في حق الحنث، ألا ترى أن من آلى من امرأته، ثم طلقها ثلاثًا، بطل الإيلاء في حق الطلاق، ولا يبطل في حق الحنث، حتى لو جامعها يلزمه الكفارة، كذا هنا.

٥٦٤٤ - هذا إذا كان مريضًا في كل المدة، ولو كان مريضًا في بعض المدة، وصح في بعض المدة وقدر على الجماع، وذلك قبل أن يفيء إليها بلسانه، ففيئه بالجماع.

٥٦٤٥ - ولو كان قد فاء إليها بلسانه وهو مريض، ثم زال المرض في المدة، فقدر على الجماع، بطل الفيء باللسان، وهذا إذا كان الإيلاء مطلقًا مرسلًا، فأما إذا كان معلقًا بالشرط، فإنه يعتبر الصحة والمرض في حق جواز الفيء باللسان وعدمه وقت وجود الشرط، لا وقت وجود الإيلاء، حتى إن من قال لامرأته وهو صحيح: إن تزوجتك فوالله لا أقربك، ولم يتزوجها حتى مرض مرضًا لا يستطيع الجماع معه، ثم تزوجها وهو مريض، ففاء إليها باللسان كان فيئه صحيحًا؛ وهذا لأن الفيء إنما يعتبر بعد انعقاد الإيلاء، وإذا كان معلقًا بالشرط فإنما ينعقد إيلاء بعد مباشرة الشرط، فكانت العبرة بحال وجود الشرط من هذا الوجه، والمعتبر في اعتبار الفيء باللسان هو العجز الحقيقي دون العجز الحكمي.

وفسر العجز الحقيقي فقال: أن يكون الزوج مريضًا لا يستطيع جماعها، أو كانت مريضة، أو كانت صغيرة لا يستطيع جماعها، أو كانت غائبة وبينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الإيلاء، هكذا ذكر في «الجامع»، وزاد في «القدوري» على هذا، فقال: أو تكون ناشزة محتجبة في مكان لا يعرفه، أو تكون المرأة رتقاء، فالفيء في جميع ذلك بالقول، وذلك بأن يقول: فئت إليها، أو راجعتها، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع عما لزم عليه.

وفسر العجز الحكمي فقال: أن يكون أحدهما محرمًا، ولو كان الزوج محبوسًا، فهو ملحق بالعجز الحكمي على رواية «الجامع»، حتى لا يعتبر فيئه باللسان، وعلى رواية القدوري رحمه الله تعالى هو ملحق بالعجز الحقيقي، ويعتبر فيئه باللسان إذا كان لا يقدر أن يدخلها عليه، ثم إنما يعتبر الفيء باللسان في حق المريض حال قيام الزوجية لا بعد البينونة، حتى إن المريض إذا آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر، ولم يفيء إليها حتى بانت منه بتطليقة، ثم فاء إليها بلسانه بعد ذلك، لا يبطل الإيلاء، حتى لو تزوجها، وهو مريض على حاله، ثم مضت أربعة أشهر ولم يفيء إليها، بانت بتطليقة أخرى.

وأما الفيء بالجماع كما يعتبر حال قيام الزوجية يعتبر بعد البينونة، حتى إن الصحيح إذا آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر، وبانت منه بتطليقة ثم جامعها بعد ذلك يبطل الإيلاء، حتى لو تزوجها بعد ذلك ومضت أربعة أشهر أخرى من غير جماع، لا يقع عليها طلاق آخر.

وإنما افترقا لأن الفيء باللسان شرع لاستدامة الملك؛ لأن الملك صار على شرف الزوال بمضي مدة الإيلاء إذا لم يوجد الفيء، فالفيء شرع لهذا، والفيء باللسان لاستدامة الملك، أما ما شرع لإبطال اليمين؛ لأن بطلان اليمين حكم الحنث، فالحنث بالجماع لا بالفيء باللسان.

وإذا كان الفيء باللسان مشروعًا لاستدامة الملك، فإنما يصح في حال بقاء الملك، وما بعد البينونة ليس حال بقاء الملك، وأما الفيء بالجماع كما شرع لاستدامة الملك شرع لإبطال اليمين؛ لأن الجماع شرط الحنث في الإيلاء، والحنث يبطل اليمين. وبعد البينونة إن تعذر شرعه وتصحيحه استدامة للملك، أمكن تصحيحه إبطالا لليمين، فصححناه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الخامس والعشرون في مسائل اللعان

يجب أن يعلم بأن اللعان مشروع فيما بين الأزواج، ثبتت شرعيته بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾[1] الآية، وقد روي أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وبين امرأته[2]، وبين هلال بن أمية وبين امرأته[3]. وسببه قذف الرجل امرأته بالزنا، وصورته ما قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": أن يبدأ القاضي بالزوج فيقول له: قم فالتعن، فيقوم الرجل ويقول أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا [ويقول في المرة الخامسة: أن لعنة الله عليّ إن كنت كاذبا فيما رميتها به من الزنا][4]. ثم تقوم المرأة وتقول أربع مرات: أشهد بالله إنه لكاذب فيما رماني به من الزنا. وتقول في المرة الخامسة: غضب الله عليّ إن كان صادقًا فيما رماني به من الزنا، وهذا الترتيب استفيد من كتاب الله تعالى. ومحمد رحمه الله تعالى ذكر قيامهما عند اللعان، وإنه ليس بأمر لازم[5]، ألا ترى أن كتاب الله تعالى لم يتعرض له.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يحتاج إلى لفظة المواجهة، وهو أن يقول: فيما رميتك به من الزنا؛ لأنه إذا ذكر بلفظ المغايبة، يتمكن فيه شبهة واحتمال. وقال أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى: إذا ذكر بلفظ المغايبة وأشار، كفى؛ لأن بالإشارة ينقطع الاحتمال.

وأهله عندنا من كان أهلا للشهادة، حتى إن اللعان لا يجري بين الزوجين عندنا إذا كانا محدودين في القذف أو أحدهما، أو كانا رقيقين أو أحدهما، أو كانا كافرين أو أحدهما، أو أخرسين أو أحدهما، أو صبيين أو أحدهما، أو مجنونين أو أحدهما، وفيما عدا ذلك يجري

---

(١) النور: ٦.

(٢) أخرجه البخاري: ٤٣٧٦، ومسلم في اللعان: ٢٧٤١، والنسائي في الطلاق: ٣٣٤٩، وأبو داود: ١٩١٧، وابن ماجه: ٢٠٥٦، ومالك في "الموطأ": ١٠٣٥، والدارمي: ٢١٢٤.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٤٥٨، ومسلم: ١٧٦٩، والترمذي: ٣٠٢٧، وأبو داود: ٢٣٩٢، والدارمي: ١٤٨٠.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٥) وفي "ف": وإنه أمر ليس بأمر لازم.

اللعان، وهذا بناء على أن الركن في باب اللعان [عندنا](١) شهادات مؤكدات بالأيمان من الجانبين، مقرونًا باللعن(٢) والغضب، قائمة مقام حد القذف من وجه في جانب الزوج، وفي جانب المرأة قائم مقام حد الزنا من وجه، فيشترط أهلية الشهادة من الجانبين، وإحصان المرأة لوجوبها؛ لأن قذف غير محصنة لا يوجب الحد على القاذف.

٥٦٤٦ - أما بيان أن الركن في باب اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان؛ فلأن الله تعالى نص على الشهادة وعلى اليمين، حيث قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾(٣)، فقوله: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ نص على الشهادة، وقوله: ﴿بِٱللَّهِ﴾ نص على اليمين، فعملنا بهما، وجعلنا الركن شهادات مؤكدات بالأيمان.

فإن قيل: الجمع بين الشهادة واليمين غير ممكن؛ لأن كل واحد من الزوجين يشهد لنفسه، والشهادة شرعت حجة لغير الشاهد لا للشاهد، واليمين شرعت حجة للحالف، ولأن اللعان شرع مكررًا، والتكرار في اليمين غير مشروع في غير موضع ما، والدليل على أن اللعان ليس بشهادة أنا أجمعنا على أن اللعان يجري بين الأعمى وبين امرأته، والأعمى ليس من أهل أداء الشهادة.

قلنا: أما الأول فالجمع بينهما ممكن في كل واحد من الجانبين، أما في جانب الزوج فلأن الزوج يحتاج إلى إقامة الشهادة ليدفع عن نفسه حد القذف، واحتاج إلى اليمين لتنقطع التهمة عن شهادته؛ لأنه يشهد لنفسه، والمرأة كذلك تحتاج إلى الشهادة لتدفع ما ثبت عليها من الزنا بشهادة الزوج، فإن الزنا قد ثبت على المرأة بشهادة الزوج، وإليه وقعت الإشارة في كتاب الله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾(٤) أشار إلى أن العذاب قد توجه عليها بحجة مثبتة، وسقط ذلك بلعانها، وهذا معنى. فإن ما ثبت بالشهادة لا يندفع إلا بالشهادة، ويحتاج إلى اليمين أيضًا؛ لينفي التهمة عن شهادته، واليمين لنفي التهمة مشروع كما في المودَع. وقوله: بأن الشهادة لم تشرع حجة للشاهد، قلنا: إنما لم تشرع حجة لمكان التهمة، والتهمة هنا انقطعت باليمين. وقوله: بأن اللعان شرع مكررًا، قلنا: لأن

---

(١) أثبت من ب و م.

(٢) وفي م: مقرونة باللعن.

(٣) النور: ٦.

(٤) النور: ٨.

٥٦٤٨ - وحكمه حرمة الاستمتاع ، كما فرغا[1] من اللعان من غير حكم القاضي ، أنّ بعد التلاعن لا يحل لأحدهما الاستمتاع بصاحبه ، نص عليه محمد رحمه الله تعالى في المنتقى ، إلا أنّ الفرقة لا تثبت بينهما إلا بقضاء القاضي بالفرقة بينهما ، وإنما تثبت هذه الحرمة بنفس اللعان بالحديث ، قال عليه الصلاة والسلام : «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[2] ، وفي إباحة الاستمتاع اجتماع ، فيحرم الاستمتاع .

وإنما توقف وقوع الفرقة بينهما على قضاء القاضي بحديث العجلاني ، فإنّ رسول الله ﷺ لما لاعن بين العجلاني وامرأته قال العجلاني : كذبتُ عليها يا رسول الله! إن أمسكتها : فهي طالق ثلاثاً ، ولم ينكر عليه الصلاة والسلام مقالته[3] ، ولو كانت الفرقة تقع بنفس اللعان لأنكر . وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن السُّنة بين المتلاعنين؟ فقال : التفريق بينهما متى فرغا من اللعان .

ثم إنّ العلماء رحمهم الله تعالى اختلفوا في صفة الحرمة التي تثبت بينهما بنفس اللعان ، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : تثبت حرمة موقتة إلى غاية تكذيب أحدهما نفسه ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : تثبت حرمة مؤبدة مثل حرمة الرضاع والصهرية ، وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا أكذب الملاعن نفسه بعد ما فرّق القاضي بينهما

ثم [إذا][4] أراد أن يتزوجها ، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : له أن يتزوجها ، وقال أبو يوسف وزفر رحمهما الله تعالى : ليس له أن يتزوجها ، حجة أبي يوسف وزفر رحمهما الله تعالى قوله عليه الصلاة والسلام : «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[5] ، حجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : أنّ الثابت بالنص اللعان بين الزوجين ، والثابت بالإجماع أصل الحرمة ، فمن أثبت الحرمة المؤبدة ، فقد أثبت الزيادة على النص والإجماع ، وإنه لا يجوز ، والمعنى أنّ اللعان غير موضوع للفرقة ، وإنما حكم بالفرقة لفوات الإمساك بالمعروف من جهة الزوج ، وتعين التسريح بالإحسان ، وقيام القاضي مقامه عند امتناعه عن التسريح بالإحسان ، ومثل هذا لا يكون طلاقاً ؛ لأن فعل القاضي بنائبه كفعله بنفسه ، وإذا ثبت أنه

(١) وفي ب و م : إذا فرغا ... الخ .

(٢) أخرجه أبو داود : ١٩١٨ .

(٣) قد تقدم تخريج الحديث .

(٤) أثبت من م .

(٥) قد تقدم تخريجه .

طلاق فالحرمة الواقعة بالطلاق لا تتأبد.

والحديث لا حجة له فيه؛ لأن النبي ﷺ نفى اجتماع المتلاعنين، وحقيقة هذا الاسم لمن يكون مشغولاً باللعان، ومجازاً لمن بقي اللعان في حقه حكماً، وعندنا لا يجتمعان ما بقي اللعان بينهما حكماً، وإنما يجتمعان إذا زال اللعان حكماً بالإكذاب؛ لأنه وجب عليه حد القذف بإكذابه نفسه، ومن ضرورته بطلان اللعان.

ولو أكذب نفسه وجب الحد، ولو صدقته المرأة فلا حد ولا لعان، وإذا أخطأ الحاكم [و]فرق بينهما بعد وجود أكثر اللعان من كل واحد منهما، وقعت الفرقة، وإن كان قبله لم تقع. ولو أخطأ الحاكم[1] فبدأ بالمرأة قبل الزوج، فإنه يعيد اللعان على المرأة، وإن لم يفعل، وفرق بينهما، وقعت الفرقة.

٥٦٤٩ - ولو التعنا عند الحاكم فلم يفرق بينهما حتى عزل أو مات، فإن الحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يستقبل. ولو طلقها ثلاثاً، أو بائناً بعد القذف، فلا حد، ولا لعان، وكذا لو تزوجها بعد ذلك، ولو كان الطلاق رجعياً لاعن؛ لأن الزوجية قائمة من كل وجه، فكان الحال بعد الطلاق الرجعي والحال قبله سواء.

وأي الزوجين أبى أن يلتعن حبس؛ لأن في اللعان معنى اليمين، والحد إن كان فيه معنى الشهادة، والحبس يجري على اليمين والحد وإن كان لا يجري على الشهادة.

٥٦٥٠ - وإذا نفى ولد زوجته بأن قال: هذا الولد ليس مني، تلاعنا، يقول الزوج: أشهد بالله إني لصادق فيما رميتك به من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة، ولو قذفها بالزنا، ونفي الولد، وذكر في اللعان الأمرين، كما ذكر الزوج في القذف الأمرين، وإذا فرغا من ذلك فرق القاضي بينهما، وألزم الولد أمه. وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن القاضي يفرق بينهما ويقول: ألزمته أمه، وأخرجته من نسب الوالد؛ لأنه ليس من ضرورة اللعان، والتفريق له[2] نفي النسب، كما بعد الموت[3] يفرق بينهما ولا ينفي نسب الولد، فلا بد أن يصرح القاضي بنفي الولد بهذا، وكل نسب ثبت بإقراره أو بطريق الحكم له، ثم ينتفي بعد ذلك باللعان.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و ب.

(٢) وفي ظ: والتفريق به.

(٣) وفي ظ: كما بعد موت الولد.

أما إذا ثبت بإقراره فلأن الإنكار بعد الإقرار غير مسموع، وأما إذا ثبت من طريق الحكم، فبيانه ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل جاءت امرأته بولد، فنفاه فلم يلاعنها حتى قذفها أجنبي بالولد فحد، ثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك؛ لأنه لما حد قاذفها فقد حكم بكذبه، وذلك حكم بثبات النسب، والنسب المحكوم به لا ينتفي.

٥٦٥١ - ولو نفى ولد زوجته، وهما ممن لا لعان بينهما، لا ينتفي الولد؛ لأن المثبت للولد، وهو الفراش قائم، والنفي باللعان، فإذا امتنع اللعان انعدم القاطع، فيثبت النسب بسببه. وكذلك المعتوق لو كان في حال لا لعان بينهما، ثم صارا بحال يتلاعنان نحو إن كانت امرأته أمة أو كتابية حالة العلوق، فأعتقت أو أسلمت، فإنه لا يلاعن ولا ينتفي نسب الولد؛ لأن ثبات النسب وقت العلوق، فإذا كانا وقت العلوق في حال لا لعان بينهما، واستحكم النسب وقت العلوق على وجه لا يمكن قطعه وإبطاله، فلا ينتفي هذا المحكم بعد ذلك. ولو نفى ولد حرة فصدقته، فلا حد على الزوج ولا لعان، وهو ابنهما لا يصدقان على النفي، أما لا حد ولا لعان لمكان التصديق، وإنما لا يصدقان على نفي نسب الولد، فلأن نسب الولد قد ثبت بحكم الفراش، والقاطع هو اللعان، واللعان ممتنع.

٥٦٥٢ - ولو جاءت بولدين في بطن واحد، فأقر بالولد الأول ونفى الثاني، لزمه الولدان وتلاعنا، ولو نفى الأول وأقر بالثاني لزماه وحد؛ لأن في المسألة الثانية بنفي الأول صار قاذفًا لها بالزنا، وبالإقرار بالثاني صار مكذبًا نفسه في ذلك النفي؛ لأن الإقرار بنسب أحدهما إقرار بنسبهما؛ لأنهما توأمان لا ينفصل أحدهما عن الآخر في حق النسب، وهكذا التكذيب وجد بعد النفي حقيقة وحكمًا، فلزمه الحد. فأما في المسألة الأولى بنفي الثاني صار قاذفًا لها بالزنا، وبالإقرار صار مكذبًا نفسه في نفي الثاني حكمًا، من حيث إن الإقرار الأول باقٍ ولكن هذا أمر حكمي؛ لأن الإقرار بعد القذف لم يوجد حقيقة. فباعتبار الحكم إن صار مكذبًا نفسه، فباعتبار الحقيقة لا يصير مكذبًا نفسه، فلا يجب الحد مع الشك.

٥٦٥٣ - ولو نفاهما، ثم مات أحدهما أو قتل، لزمه الولدان؛ لأنه لزمه نسب الميت على وجه لا يمكن قطعه، فيلزمه نسب الآخر ضرورة، ويبطل اللعان في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يبطل؛ لأن حكم اللعان ينفصل عن الولد في الجملة، فامتناع قطع نسب الولد لا يمنع اللعان، وأبو يوسف يقول: القذف حال وجوده انعقد موجبًا لعانًا يقطع به نسب الولد، فلو نفى بعد ما صار نسب الولد[1] بحال

---

(١) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

لا ينقطع، لا يكون انتفاء على وفق الثبوت.

٥٦٥٤ - ولو ولدت أحدهما ميتًا فنفاهما، لزمه الولدان، فيلاعن على الحي منهما؛ لأن القذف منهما انعقد موجبًا للعان، لا ينقطع به نسب الولد، فيكون البقاء على وفق الثبوت بخلاف المسألة الأولى، على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

٥٦٥٥ - وإذا نفى حمل امرأته، فليس بقاذف، ولا لعان في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لاعنها، وإن كان أكثر لم يلاعن، وأجمع أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه لا ينتفي نسب ولد هو حمل؛ لأن انتفاخ البطن محتمل يحتمل أن يكون من ولد، ويحتمل أن يكون من ريح أو علة أخرى، فتمكنت الشبهة، واللعان فيما بين الأزواج أقيم مقام الحد فيما بين الأجانب، فلا يقام مع الشبهة.

بقي الكلام بين أبي حنيفة وصاحبيه، حجتهما: أنها لما جاءت لأقل من ستة أشهر، تيقنا أن الحمل كان موجودًا حين نفاه عن نفسه، فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن انتفاخ البطن لما كان محتملاً لما مر، لم يصح النفي للحال، فيصير القذف في معنى المعلق كأنه قال: إن كنت حاملاً فأنت زانية، والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل السادس والعشرون في مسائل العدة

٥٦٥٦- العدة بالحيض تجب على المطلقة، وكذلك بالفرقة من النكاح الفاسد، وكذلك بالوطء بشبهة النكاح؛ لأن الفاسد يعتبر بالجائز في حق الأحكام، والشبهة ملحقة بالحقيقة في موضع الاحتياط، وتعتبر العدة في النكاح الفاسد من وقت التفريق، كذا ذكره الكرخي. والشهور بدل عن الحيض فيمن لا تحيض لصغر، أو كبر، أو فقد حيض، يعني به الآيسة، فالحرة تعتد بثلاث حيض، أو ثلاثة أشهر، والأمة تعتد بحيضتين، أو شهر ونصف.

وعدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت غير حامل وهي حرة أربعة أشهر وعشراً، يستوي في ذلك المدخول وعدم الدخول، والصغر والكبر، ولا تجب هذه العدة إلا في النكاح الصحيح، حتى إن المنكوحة نكاحاً فاسداً إذا مات عنها زوجها تعتد بثلاث حيض؛ لأن الله تعالى نص على الأزواج مطلقاً بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾[1]، ومطلق هذا الاسم لا يثبت إلا بالنكاح الصحيح، وإن كانت المتوفى عنها زوجها[2] أمة [وهي غير حامل][3]، فعدتها شهران وخمسة أيام، وفي الحامل عدتها أن تضع حملها، الحرة والأمة والمطلقة والمتوفى عنها زوجها في ذلك سواء؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[4] لا يفصل بين الحرة والأمة والمطلقة والمتوفى عنها زوجها، سواء كانت حاملاً وقت وجوب العدة، أو حبلت بعد الوجوب.

ولا تقدير في حد الآيسة بالسن في رواية، وإياسها على هذه الرواية أن تبلغ من السن ما لا تحيض مثلها، فإذا بلغت هذا المبلغ، وانقطع الدم يحكم بإياسها، فإن رأت بعد ذلك دماً يكون حيضاً على هذه الرواية، ويظهر كونها حيضاً في حق بطلان الاعتداد بالأشهر، وفي حق فساد الأنكحة. وفي رواية فيها تقدير، واختلف الأقاويل في التقدير، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: والمختار خمس وخمسون سنة، وعليه أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم بإياسها.

---

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(٣) أثبت من ف.

(٤) الطلاق: ٤.

٥٦٥٧ - وإن رأت الدم بعد ذلك، هل يكون حيضاً على هذه الرواية؟ فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما بينهم، قال بعضهم: لا يكون حيضاً، ولا يبطل به الاعتداد بالأشهر، ولا يظهر فساد الأنكحة. وقال بعضهم: يكون حيضاً، ويبطل به الاعتداد بالأشهر؛ لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين سنة كان باجتهاد، والدم حيض بالنص، فإن رأت الدم فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد، فيبطل حكم الإياس الثابت بالاجتهاد، ولهذا قال هؤلاء المشايخ رحمهم الله تعالى: الدم المرئي بعد هذه المدة إنما يكون حيضاً إذا كان أحمر، أو أسود، أما إذا كان أخضر، أو أصفر لا يكون حيضاً؛ لأن كون هذا المرئي حيضاً ثبت بالاجتهاد [فلا][1] يبطل حكم الإياس الثابت بالاجتهاد، فعلى قول هؤلاء يبطل الاعتداد بالأشهر، ويظهر الفساد في الأنكحة.

وقال بعضهم: إن كان القاضي قضى بجواز ذلك النكاح ثم رأت الدم، لا يقضى بفساد ذلك النكاح. وطريق القضاء أن يدّعي أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة، فيقضي القاضي بجوازه وبانقضاء العدة بالأشهر. وكان الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى يفتي بأنها لو رأت الدم بعد ذلك، على أي صفة[2] رأت يكون حيضاً، ويفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر وفساد الأنكحة، إن[3] كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالأشهر، ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر وبفساد الأنكحة، إن كانت رأت الدم بعد تمام الأشهر بالاعتداد بالأشهر، قضى القاضي بجواز الأنكحة أم لا.

٥٦٥٨ - وعدة أم الولد ثلاث حيض إذا أعتقها مولاها، أو مات عنها عندنا، والأصل فيه ما روي: أن مارية القبطية رضي الله تعالى عنها اعتدت على عهد رسول الله ﷺ بثلاثة قروء[4]، وكانت هي أم ولد رسول الله ﷺ، ولا تعرف المقادير قياساً، فالظاهر أنها سمعت من رسول الله ﷺ، ولأن فراش أم الولد بعد العتق ملحق بفراش الحرة المنكوحة في حق حكم يتعلق بقيام الفراش وهو النسب، حتى يثبت نسب ولدها من غير دعوى، ولا ينتفي بمجرد النفي، فيلحق بفراش المنكوحة في حق حكم يتعلق بزوال الفراش وهو العدة أيضاً.

٥٦٥٩ - وإذا وجبت العدة بالشهور في الطلاق والوفاة، فإن اتفق ذلك في غرة الشهر،

---

(١) هكذا في "ب" و"ظ" و"م"، وكان في الأصل و"ف": بل يبطل.

(٢) وفي "م": على أي لون رأت.

(٣) وفي "ظ": وإن كانت.

(٤) أخرجه البيهقي في "الكبرى" (١٥٣٦٢) وابن سعد في "الطبقات الكبرى" (٨/ ٢٦٥).

دينهم. إن كانت الرواية لمنع من التزوج من غير ذكر تلك الزيادة، فوجهه أنّ المنع من التزوج على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما كان يوجب لوجوب العدة، بل لأن في بطنها ولدًا ثابت النسب. ألا ترى أنّ المولى إذا زوّج أم ولده وهي حامل، فإنه لا يجوز وإن لم يكن عليها عدة؛ لأن في بطنها ولدًا ثابت النسب، وإن كانت الرواية: إذا كان كذلك في دينهم، يجوز أن يقال: بأنّ المنع عن التزوج لوجوب العدة؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يرى وجوب العدة على الذمية لحق زوجها الذمي إذا كان زوجها يعتقد ذلك، ولا عدة على المهاجرة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: يجب.

معنى المسألة الحربية إذا هاجرت إلى دار الإسلام مسلمة، فوجه قولهما: إنّ الفرقة وقعت في دار الإسلام وهي مسلمة، فكانت كسائر المسلمات، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتُ مُهَـٰجِرَٰتٍ...﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾[1]، أباح التزوج من المهاجرات مطلقًا، ولم يشترط انقضاء العدة، وهذا دليل على أنّ العدة غير واجبة، ولأن العدة أثر من آثار النكاح، وتباين الدارين حقيقة وحكمًا ينافي النكاح على ما عرف في موضعه، فينافي أثره وهو العدة. فإن كانت حاملا، فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان، روى أبو يوسف عنه: أنه يجوز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها، وهو اختيار الكرخي، وروى محمد عنه: أنه لا يتزوجها.

وجه رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنّ المنع عن التزوج في الحامل إذا كانت مسلمة لحق صاحب الفراش، ولا حرمة لحق الحربي. وجه رواية محمد رحمه الله تعالى: أنّ النكاح وضع لإثبات الفراش الذي هو أساس النسب، وما كان في بطنها ولدًا ثابت النسب، كان عليها فراش لصاحب النسب، فلا يستقيم إيراد سبب الفراش لغيره.

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ما يدل على أنه لا عدة على المهاجرة، فإنه قال: إذا خرجت وتركت زوجها في دار الحرب وهي حامل فتزوجت جاز، وإن جاء الزوج مسلمًا، وتركها في دار الحرب، فلا عدة لها[2] في قولهم جميعًا، فقد فرقوا بين الذمية [والحربية، فأوجبوا العدة على الذمية][3] من المسلم، ولم يوجبوها على الحربية.

والفرق: أنّ الذمية من أهل دار الإسلام، والخطاب قد شاع في دار الإسلام، فأقيم

---

(١) الممتحنة: ١٠.

(٢) وفي "م": فلا عدة عليها.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

الشيوع مقام البلوغ، فأما الحربية في دار الحرب ولا شيوع في دار الحرب، فلا يقام مقام البلوغ، وبدون البلوغ لا يثبت حكم النكاح. والخلوة الصحيحة توجب العدة في النكاح الصحيح دون الفاسد؛ لأن الخلوة إنما أقيمت مقام الوطء لوجود التمكن من الوطء، ولا تمكن في النكاح الفاسد فلا تقام الخلوة مقامه. والخلوة الفاسدة على ضربين، وكل خلوة يتمكن بها من الوطء حقيقة وهو ممنوع لحق الشرع، تجب العدة كما لو كان أحدهما صائمًا، أو محرمًا، أو حائضًا، وكل خلوة لا يتمكن معها من الوطء كخلوة المريض المدنف[1] والمريضة، أو الصغير والصغيرة فلا عدة، هكذا ذكر القدوري في شرحه.

٥٦٦٤ - والخصي كالفحل في حق تأكد المهر والعدة، كذا ذكر في "الأصل": ولو خلا بها وهي رتقاء، فلا عدة عليها، هكذا ذكر القدوري. وفي "المنتقى" وفي الأصل: أن عليها العدة؛ لأن الوطء متصور بالفتق، ولو خلا بها وهو مجبوب، فعليها العدة في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن احتمال نزول الماء بالسحق قائم، وفي العدة حق الولد وحق الله تعالى فيحتاط فيها. وأما على قولهما: ذكر أبو الحسن الكرخي: أن العدة واجبة على قولهم أيضًا، وقال أبو يوسف: إن كان ينزل، فعليها العدة، وإن كان لا ينزل، فلا عدة عليها

٥٦٦٥ - وإذا طلق الرجل امرأته وهي صغيرة لم تحض، وقد دخل بها، فعليها أن تعتد بثلاثة أشهر، هذا هو جواب الكتاب، وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد ابن الفضل رحمه الله: إذا كانت الصغيرة مراهقة يجامع مثلها، وقد كان دخل بها الزوج، فعدتها لا تنقضي بالأشهر، بل يوقف حالها إلى أن تظهر أنها هل حبلت بذلك الوطء أم لا؟ فإن ظهر أنها حبلت كان انقضاء عدتها بوضع الحمل، وإن ظهر أنها لم تحبل كان انقضاء عدتها بثلاثة أشهر، ولو حاضت في الأشهر الثلاثة تستأنف العدة بالحيض؛ لأنها قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل

٥٦٦٦ - ذكر نجم الدين النسفي في "فتاواه": اختلف مشايخنا في إطلاق إيجاب العدة على الصغيرة أكثر مشايخنا رحمهم الله لا يطلقون لفظ الوجوب؛ لأنها غير مخاطبة، لكن ينبغي أن يقال: عدة ما بيد دانت. وفي نكاح "فتاوى أبي الليث": رجل تزوج صبية بنت عشر سنين، وخلا بها وقال: لم أدخل بها، ثم فارقها، قال الفقيه أبو القاسم: أحب إلي أن تعتد بثلاثة أشهر، قال: لأن في النساء من تحتمل الجماع إذا بلغت عشرًا، وأخذ في ذلك بالثقة.

٥٦٦٧ - وفي "الفتاوى": امرأة بلغت فرأت يومًا دمًا، ثم انقطع عنها الدم، حتى مضت

(١) أثبت من جميع النسخ التي تو جد عندنا.

سنة، ثم طلّقها زوجها، فعدتها بالأشهر؛ لأنها لم تحض، فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾(١).

٥٦٦٨- إذا أقر الرجل أنه طلق امرأته منذ خمسين سنة، فإن كذبته امرأته في الإسناد، أو قالت: لا أدري، تجب العدة من وقت الإقرار، قالوا: [هذا الجواب في حق](٢) النفقة والسكنى [حتى تجب لها النفقة والسكنى](٣). أما في [حق](٤) حل التزوج بأختها وأربع سواها، يجب العدة من وقت الطلاق، هكذا ذكر في "الجامع" في باب نكاح المخاطبة.

وذكر شيخ الإسلام في شرح [إقرار الأصل](٥): أن في حق التزوج بأختها وأربع سواها، يعتبر العدة من وقت الإقرار أيضاً، فيتأمل عند الفتوى فإن صدقته المرأة في الإسناد، قال محمد رحمه الله في طلاق الأصل: تجب العدة من وقت الطلاق [واختيار](٦) مشايخ بلخ على أنه تجب العدة من وقت الإقرار، عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق، ولكن لا تجب لها نفقة العدة، ولا مؤنة السكنى؛ لأن ذلك حقها، وقد أقرت هي بسقوطه، وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بالأخت وأربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الإقرار.

وحكي عن شيخ الإسلام أبي الحسن السغدي أنه كان يقول: ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الإقرار أن العدة تعتبر من وقت الطلاق، محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه، أما إذا كانا مجتمعين، فالكذب في كلامهما ظاهر، فلا يصدقان في الإسناد، قال محمد: وعلى هذا إذا فارق الرجل امرأته زماناً، ثم قال لها: كنت طلقتك منذ كذا، والمرأة لا تعلم بذلك، يصدق ويعتبر عدتها من ذلك الوقت.

٥٦٦٩- وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته ثلاثاً أو طلاقاً بائناً، ثم مات قبل انقضاء العدة فورثت، اعتدت بأربعة أشهر وعشر، فيها ثلاث حيض في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: عليها ثلاث حيض، وكذلك كل معتدة ورثت، يريد به إذا ارتد الزوج ثم قتل أو مات في الردة، ورثت وعليها من العدة ما بينا من الاختلاف. وجه قول

---

(١) الطلاق: ٤.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم.

(٣) هكذا في م.

(٤) وفي ظ: وغيره هكذا حق.

(٥) أثبت من ظ وم.

(٦) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: قال...

أبي يوسف : أن النكاح انقطع فيما بينهما قبل الموت بالطلاق البائن أو بالمقامات الثلاث ، ولهذا يجب الحد إذا وطئها ، ولم يبق شبهة ، فلا ينتهي بالموت ، وعدة الوفاة إنما تجب بانتهاء النكاح ، وبالموت ينتهي هذا القدر .

فإن قيل : إنها ترث ، قلنا : إنما ترث باعتبار العدة ، لا باعتبار النكاح ؛ لأن الزوج لما قصد الضرار ، رد الشرع عليه قصده ، وأقام العدة مقام النكاح في حق الإقرار في حق الإرث ، فالإرث باعتبار العدة لا باعتبار النكاح .

ولهما أن الزوجية في حق الإرث قائمة[1] ؛ لأن جريان الإرث فيما بين الزوجين عرف بالنص ، والنص أوجب الإرث باسم الزوج ، فهذا يدل على أن تعلق الإرث بالزوجية ، فإذا بقي الإرث دلّ على بقاء الزوجية في حق الإرث ، فإذا بقيت الزوجية في حق الإرث ينتهي بالموت في حق الإرث ، فتجب عدة الوفاة بانتهاء النكاح ؛ وقد كان عدة الطلاق واجبة بانقطاع النكاح بينهما في حق أحكام أخر ، فجمعنا بينهما احتياطًا . وإذا كان الطلاق رجعيًا في صحة أو مرض ، فعدتها أربعة أشهر وعشرًا ، وقد بطل عنها الحيض في قولهم جميعًا ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح عندنا حكمًا ، فكان الزوجية قائمة لدى الموت ، والله تعالى جعل كل الواجب على المرأة بعد موت الزوج التربص أربعة أشهر وعشرًا ، فكان من ضرورته سقوط الاعتداد بالحيض .

٥٢٧٠ - وإذا مات الصبي عن امرأة وهي حامل ، فعدتها أن تضع حملها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : عدتها بالشهور ، فوجه قوله : إن ظاهر قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ﴾[2] الآية ، يقتضي وجوب الاعتداد بالأشهر على كل متوفى عنها زوجها من غير فصل بين ما إذا كان الزوج بالغًا أو صبيًا ، لكن ترك ظاهر الآية فيما إذا كان الزوج بالغًا بالإجماع ، ولا إجماع فيما إذا كان الزوج صغيرًا ، فيبقى على ظاهره . وهما يقولان : إن ظاهر قوله تعالى : ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[3] ، يقتضي تقدير العدة في حق الحامل بوضع الحمل مطلقًا من غير فصل بين ما إذا كان الزوج صغيرًا أو بالغًا ، وإن كان الحبل حادثًا بعد الموت ، فعدتها الشهور في قولهم ؛ لأن العبرة في حق وجوب العدة لحال وجوبها ، وحال وجوب العدة عند الموت ، وإذا لم تكن

(١) وفي ب و م : باقية .

(٢) البقرة : ٢٣٤ .

(٣) الطلاق : ٤ .

حاملاً عند الموت، وجبت العدة بالأشهر بالآية ﴿يتغير﴾(١) بحدوث الحمل بعد ذلك.

وقال أبو الحسن: العدة تنقضي بوضع حملها، ظاهراً كان عند الموت أو غير ظاهر، والذي لا ينقضي به العدة الحادث، وهذا صحيح؛ لأن شرط الدخول تحت قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ﴾، قيام الحمل لا كونه ظاهراً عند الناس. قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: فإن حملت التي عدتها الحيض بعد الطلاق حملاً حادثاً، فعدتها أن تضع حملها وإن كان لأكثر من سنتين. وإذا علم أنها حبلت بعد لزوم العدة؛ لأن الاعتداد بالحيض إنما شرع لتعرف براءة الرحم، ومع قيام الحمل لا يحصل تعرف براءة الرحم، فشرط وضع الحمل لانقضاء العدة.

٥٦٧١ - وفي نكاح فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: طلق امرأته ثلاثاً وكتم طلاقها عن الناس، فلما حاضت حيضتين وطئها، فحبلت ثم أقر بطلاقها، كان لها النفقة ما لم تضع حملها؛ لأن عدتها في هذه الصورة تنقضي بوضع الحمل على ما ذكرنا

٥٦٧٢ - وإذا بلغ المرأة طلاق زوجها، أو موته، فعليها العدة من يوم مات أو طلق عندنا؛ لأن العدة ليست إلا مدة ضربت لتأخير عمل الطلاق، أو لانتهاء النكاح من كل وجه بالموت وغيره، ومضي المدة لا يتوقف على العلم

٥٦٧٣ - وإذا طلق امرأته ثلاثاً، فلما اعتدت بحيضتين أكرهها على الجماع: إن كان منكراً طلاقها تستقبل العدة، وإن كان مقراً بطلاقها، مع هذا جامعها على وجه الزنا لا تستقبل العدة. وكذلك من طلق امرأته ثلاثاً، ثم قام معها زماناً، إن أقام منكراً طلاقها لا تنقضي عدتها، هكذا حكي جواب المشايخ رحمهم الله تعالى زجراً لهما، وإن أقام مقراً بطلاقها انقضت عدتها.

٥٦٧٤ - ولو وطئها، وادعى الشبهة بأن قال: ظننت أنها تحل لي، فإنه تستقبل العدة بكل وطئة، وتتداخل مع الأولى إلى أن تنقضي الأولى، وإذا انقضت الأولى وبقيت الثانية أو الثالثة، فإنها لا تستحق النفقة في هذه الحالة؛ لأن هذه عدة الوطء لا عدة النكاح، والمرأة لا تستحق النفقة في عدة الوطء. وإن كان الطلاق بائناً واحداً أو اثنين، ثم وطئها في العدة من غير دعوى الشبهة مع العلم بالحرمة، تستأنف العدة، وذكر في مجموع النوازل: أنها لا تستأنف العدة، والأول أصح.

٥٦٧٥ - وكذلك لو خالعها على مال أو بغير مال، ثم وطئها في العدة مع العلم بالحرمة.

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: فلا يعتبر.

تستأنف العدة أيضاً بكل وطء، ويتداخل مع العدة الأولى إلى أن تنقضي الأولى؛ وهذا لأن الخلع من كنايات الطلاق، وفي الكنايات اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنها بوائن أو رواجع، فعلى قول من يقول: رواجع، كان الوطء بعد الطلاق الثاني، كما لو وطئ في حال قيام النكاح، فيبطل العدة ويجب الاستئناف، فيثبت شبهة بطلان العدة ويجب الاستئناف، فإذا انقضت الأولى وبقيت الثانية والثالثة، كانت الثانية أو الثالثة عدة الوطء، حتى لو طلقها الزوج في هذه الحالة لا يقع طلاق آخر؛ لأن الأصل أن المعتدة بعد الطلاق يلحقها الطلاق، والمعتدة بعد الوطء لا يلحقها الطلاق.

٢٦٧٦ - وإذا قال زوج المعتدة: أخبرتني أن عدتها قد انقضت، وذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة، لا يقبل قوله، وكذلك لا يقبل قولها، إن أخبرت ذلك بنفسها، وهذا معروف. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: إلا أن يفسر بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق أو نحوه، فحينئذ يقبل قولها.

وإذا أخبر عن إخبارها عن انقضاء العدة، في مدة تنقضي في مثلها العدة وكذبته المرأة، فهي خلافية معروفة، وإذا أخبر عن انقضاء العدة[1]، ولم يسند الخبر إليها، فهو على هذا الخلاف أيضاً، نص عليه شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في آخر الباب الأول من شرح كتاب النكاح.

٢٦٧٧ - وإذا وجبت العدتان من جنس واحد، كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها، فوطئها الثاني، وفرق بينهما، أو من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة، تداخلت واعتدت بما رأته من الحيض في الأشهر، وإنما كان [كذلك]؛ لأن العدة في الأصل إنما[2] وجبت لتعرف براءة الرحم؛ لحاجة الأزواج إلى صيانة مياههم عن الاختلاط، وهذا المعنى وهو تعرف براءة الرحم يحصل بمضي مدة واحدة، فتنقضي العدتان بمدة واحدة على الكمال، فلا حاجة إلى اشتراط مدتين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

نوع آخر في انتقال العدة الصغيرة

٢٦٧٨ - إذا اعتدت ببعض الشهور، ثم رأت الدم، انتقلت إليه مبتوتة كانت أو رجعية، وكذا الآيسة إذا اعتدت ببعض الشهور ثم رأت الدم، انتقلت إليه. هكذا ذكر القدوري رحمه

---

(١) وفي جميع النسخ التي في أيدينا: عدتها.

(٢) أثبت من جميع النسخ التي توجد عندنا.

الله تعالى في شرحه، وهذا على رواية التي لم يقدّر الإياس فيها. وعلى الرواية التي قدّر الإياس فيها، على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى: ولو اعتدت بحيضة، أو حيضتين، ثم أيست، استقبلت العدة بالشهور، ولو طلّقت الأمة، ثم أعتقت، فإن كان الطلاق رجعيًّ انتقلت إلى عدة الحرائر، وإن كان بائنًا لا تنتقل، والفرق: أنّ الطلاق إذا كان رجعيًّا فالعتق حلها، وبعد النكاح قائم؛ لما عرف أنّ الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح فيتشرف بالعتق، والملك الشريف لا يزول[1] بعد الطلاق إلا بمضي ثلاثة أقراء، أو ثلاثة أشهر، كما في الحرة الأصلية، أما بالطلاق البائن زال ملك النكاح مطلقًا إلا في حق الطلاق[2]، وإذا زال[3] مطلقًا لا تصور شرفه بالعتق.

٥٦٧٩ - وأما المطلقة إذا مات عنها زوجها، فإن كان الطلاق رجعيًا انتقلت إلى عدة الوفاة وإن كانت مبتوتة، فإن كانت لا ترث لم تنتقل إلى عدة الوفاة، وإن كانت ترث فقد ذكرنا الاختلاف فلا نعيد.

وقد ذكرنا أنّ المطلقة إذا حبلت بعد الطلاق، فعدتها أن تضع حملها، وأما المتوفى عنها زوجها إذا حبلت، فعدتها الشهور؛ ولأن عدة الطلاق إنما تنقضي بالحبل؛ لأن المقصود منها تعرف براءة الرحم، ووضع الحمل دلّ على تعرف براءة الرحم، أما المقصود من هذه العدة ليس تعرف براءة الرحم، ألا ترى أنه يجب قبل الدخول، وإنما المقصود منها إظهار التأسف على فوات نعمة الزوجية، وفي مثل[4] هذا المقصود لا تفاوت. وقال محمد رحمه الله تعالى: إذا حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بالولد لأكثر من سنتين، حملنا أمرها على أنها تزوجت بعد انقضاء العدة، قبل وضع الحمل بستة أشهر، حملا لأمرها على الصلاح.

٥٦٨٠ - وإذا زوّج الرجل أم ولده، ثم مات عنها وهي تحت زوج، أو في عدة من زوج، فلا عدة عليها (يعني من المولى)؛ لأن العدة إنما تجب من المولى لزوال فراشه، ولا فراش للمولى عليها إذا كانت تحت زوج، أو في عدة من زوج.

٥٦٨١ - وإن طلّقها الزوج بعد الإعتاق، فعدتها عدة الحرائر، فإن طلّقها أولا، ثم أعتقها المولى، فإن كان الطلاق رجعيًا، انتقلت العدة إلى عدة الحرائر، وإن كان بائنًا لا ينتقل.

(١) وفي "م": لا يزول ملك النكاح بعد الطلاق.

(٢) وفي "ب" و"م": التراضي.

(٣) وفي "ف" و"م": وبالزوال.

(٤) وفي "ب" و"ف": وفي حق هذا.

٥٦٨٢ - وإذا انقضت عدتها من الزوج ثم مات المولى، فعليها ثلاث حيض عدة المولى؛ لأنها [عادت][1] فراشا للمولى بانقضاء عدة الزوج.

٥٦٨٣ - وإذا اشترى الرجل زوجته ولها منه ولد، فأعتقها، فعليها ثلاث حيض، حيضتان من النكاح يجتنب فيهما ما يجتنب المنكوحة، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها؛ لأنه كما اشتراها، فسد النكاح، ووجبت العدة، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يزوجها من غيره، إلا أنه لم يظهر حكم العدة في حقه؛ لقيام حل الوطء له بملك اليمين، فإذا زال هذا المعنى ظهر حكم العدة في حقه، فيجب حيضتان لفساد النكاح بينهما وهي أمة، ويلزمها ثلاث حيض بالإعتاق، إلا أن العدتين يتداخلان، فما وجبت من الحيضتين بفساد النكاح يعتبران من الإعتاق، لكن يجب الحداد في الحيضتين الأوليين، ولا يجب في الحيضة الثالثة؛ لأنها محض عدة أم الولد، ولا حداد في عدة أم الولد، فإن كان أبانها قبل الشراء ثم اشتراها، حل له وطؤها؛ لأن ملك اليمين سبب لحل الوطء، والطلقة الواحدة لا تمنع عن هذا السبب، فإن حاضت ثلاث حيض قبل العتق ثم أعتقها، فلا عدة عليها من النكاح؛ لأنها صارت معتدة بعد الشراء لفساد النكاح، إلا أن أثر العدة لا يظهر في حق الزوج، وإنما يظهر في حق غيره.

وإذا صارت معتدة، انقضت عدتها بمضي المدة، ويجب عليها العدة بالعتق ثلاث حيض، وقوله في الكتاب: حاضت ثلاث حيض قبل العتق وقع اتفاقا، والصحيح حاضت حيضتين؛ لأن تلك العدة وجبت لفساد النكاح وهي أمة، وعدة الأمة إذا وجبت بفساد النكاح مقدرة بحيضتين - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

نوع آخر في بيان ما يلزم المعتدة في عدتها:

٥٦٨٤ - المعتدة من الطلاق لا تخرج من بيتها ليلا ولا نهارا، فأما المتوفى عنها زوجها، فلا بأس بأن تخرج بالنهار لحاجتها، ولا تبيت في غير منزلها، والفرق: أن نفقة المتوفى عنها زوجها عليها، وعسى لا تجد من يسوي أمرها، فتحتاج إلى الخروج لتسوي أمر معيشتها، غير أن أمر المعيشة عادة يسوى بالنهار دون الليالي [فأبيح لها الخروج بالنهار دون الليالي][2]. فأما المطلقة فنفقتها في مال الزوج فلا تحتاج إلى الخروج، حتى لو كانت مختلعة على أن لا نفقة لها، فقد قيل: يباح لها الخروج نهارا لمعاشها كالمتوفى عنها زوجها، وقيل: لا يباح لها

(١) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: صارت.

(٢) أثبت من ب و ف و م.

الخروج ؛ لأنها هي التي اختارت إبطال النفقة ، فلا يصح هذا الاختيار في إبطال حق عليها ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى ، وهذا بمنزلة ما لو اختلعت على أن لا سكنى لها ؛ فإنه يبطل مؤنة السكنى عن الزوج ، ويلزمها أن تكتري بيت زوجها . فأما أن يحل لها الخروج فلا .

وعن ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال : المتوفى عنها زوجها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل ، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى : وهذه الرواية صحيحة ؛ لأن المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها ، والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل ، أو أكثرها .

٥٦٨٥ - وتعتد المعتدة في المكان الذي تسكنه قبل مفارقة الزوج وقبل موته ، قال الله تعالى : ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾[1] . والإضافة إليهن باعتبار السكنى في البيوت التي تسكن فيها قبل المفارقة ، ولو طلقها وهي غائبة ، كان عليها أن تعود إلى منزلها ، فتعتد فيه .

٥٦٨٦ - وإذا طلقها ثلاثًا ، أو واحدة بائنة ، وليس له إلا بيت واحد ، فينبغي له أن يجعل بينه وبينها حجابًا حتى لا تقع الخلوة بينها وبين الأجنبي[2] ، وإنما اكتفى بالحائل ؛ لأن الزوج معترف بالحرمة ، فإن كان فاسقًا يخاف عليها منه ، فإنها تخرج ، وتسكن منزلاً آخر احترازًا عن المعصية ، وإن خرج الزوج وتركها ، فهو أولى . وإن أراد القاضي أن يجعل معها امرأة ثقة [تقدر][3] على الحيلولة ، فهو حسن .

٥٦٨٧ - وللمعتدة أن تخرج من بيتها إلى صحن الدار ، وتبيت في أي منزل شاءت ، إلا أن يكون في الدار منازل لغيرهم ، فلا تخرج من بيتها إلى تلك المنازل ؛ لأن صحن الدار بمنزلة السكة .

٥٦٨٨ - وإن كانت المرأة مع زوجها في منزل هو ملك الزوج ، فمات الزوج فإن كان نصيبها يكفيها ، فإنها تسكن في نصيبها في العدة ، وتستتر عمن ليس بمحرم لها من ورثة الزوج ، وإن كان نصيبها لا يكفي لها ، فإن رضي ورثة الزوج أن تسكن فيه سكنت ، وإن أبوا كانت في سعة من التحول ، ويكون عذرًا لها في التحول .

قال القدوري رحمه الله تعالى في كتابه : والمطلقة ثلاثًا ، أو بائنًا ، أو رجعيًا ، أو بتنًا ، وسائر

(١) الطلاق : ١ .

(٢) وفي ... بينه وبين الأجنبية .

(٣) هكذا في ... و ... ، وكذا في الأصل و ... : تقدم

الزوج، ذكره في "الأصل". وفي "الأصل" أيضًا: إذا كانت بالسواد، وهي تخاف على نفسها، أو مالها من سلطان، أو غيره، كانت في سعة من التحول إلى المصر.

٥٦٩٣ - وفي الفتاوى: إذا طلّق امرأته بالبادية وهي معه في الخيمة، والزوج ينتقل إلى موضع آخر في الكلأ، والماء، هل يسعه أن ينتقل بها؟ ينظر إن كان يدخل عليها ضرر بيِّن في نفسها أو مالها بتركها في ذلك [الموضع، فله أن ينتقل بها، وإن كان لا يدخل عليها ضرر بيِّن في نفسها أو مالها، بتركها في ذلك الموضع][1]: فليس له أن ينتقل بها، ولا لها أن تنتقل في ذلك الموضع؛ لأن الاعتداد في موضع الطلاق واجب، والخروج حرام إلا لضرورة، وفي الوجه الأول تحققت الضرورة، وفي الوجه الثاني لم تتحقق.

٥٦٩٤ - وإن كانت المعتدة أمة فلها أن تخرج لخدمة المولى في الوفاة والخلع والطلاق، سواء كان الطلاق رجعيًا، أو بائنًا. أما في الطلاق الرجعي فظاهر؛ لأن النكاح قائم، وحالها بعد الطلاق كالحال قبله، وقبل الطلاق يحل لها الخروج لخدمة المولى، فكذا بعد الطلاق. وإن كان الطلاق بائنًا فكذلك؛ لأن الطلاق لا يثبت حرمة جديدة، بل يتأكد ما كان من الحرمة، فإذا لم تكن حرمة الخروج ثابتة قبل الطلاق لا يتأكد بالطلاق. فإن أعتقت في العدة لزمها فيما بقي من العدة فيما يلزم الحرة المبتوتة[2].

٥٦٩٥ - وفي القدوري: وإذا كان المولى بوأ الأمة، لا تخرج ما دامت على ذلك، إلا أن يخرجها المولى اعتبارًا بما قبل الطلاق. وروي عن محمد رحمه الله تعالى: أن لها أن تخرج وإن لم يأمرها المولى، والمدبرة وأم الولد والمكاتبة كالأمة في إباحة الخروج.

وهذا الجواب مشكل في المكاتبة؛ لأنه ما كان يباح لها الخروج حال قيام النكاح لخدمة أحد، فينبغي أن لا يباح لها الخروج في العدة كما في الحرة، بخلاف الأمة والمدبرة وأم الولد؛ لأنه كان [يحل][3] لهن الخروج لخدمة المولى، فيبقى كذلك.

والجواب: أن المكاتبة تحتاج إلى الخروج لاكتساب بدل الكتابة؛ لأن ذلك واجب عليها، وأما الكتابية فإنه يحل لها الخروج [بإذن الزوج، ولا يحل لها الخروج][4] بغير إذن الزوج سواء كان الطلاق رجعيًا، أو بائنًا، أو ثلاثًا.

---

(١) أثبت من النسخ التي عندنا.

(٢) وفي ب و ت و م: الحرة المسلمة.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: يحمل.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

٥٦٩٦ - والحرة المسلمة لا تخرج، لا بإذن الزوج، ولا بغير إذنه؛ لأن العدة على الحرة المسلمة كما وجب حق [للزوج وجب حقًا](١) لله تعالى، وما وجب حقًا لله تعالى لا يسقط بإذن الزوج [والعدة في الذمية وجبت حقًا للزوج لا غير، فجاز أن يسقط بإذن الزوج](٢).

[فإن أسلمت في العدة، لزمها فيما بقي من العدة ما يلزم الحرة المسلمة.

٥٦٩٧ - وأما الصبية فإن كان الطلاق رجعيًا، فلها أن تخرج بإذن الزوج](٣)، وليس لها أن تخرج بغير إذنه كما قبل الطلاق، وإن كان الطلاق بائنًا، فلها أن تخرج بإذن الزوج، وبغير إذنه، إلا إذا كانت مراهقة فحينئذ لا تخرج بغير إذن الزوج، وكذا اختاره المشايخ رحمهم الله تعالى.

٥٦٩٨ - والمولى إذا أعتق أم الولد، فلها أن تخرج؛ لأن هذه العدة إنما وجبت لزوال الفراش لا لزوال النكاح، وحرمة الخروج مختص بعدة تجب بزوال النكاح.

٥٦٩٩ - والمجوسية إذا أسلم زوجها فلا سكنى لها ولا نفقة، إلا أن يحتاج الزوج إلى حفظ مائه، فيحبسها لصيانة مائه.

٥٧٠٠ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في النصراني: إذا طلق النصرانية، أن لها النفقة ولا سكنى لها؛ لأن من أصله أن العدة تجب على الذمية لحق الآدمي، إلا أن السكنى لا يلزمها؛ لأن في السكنى حق الله تعالى وحق الزوج، وهي غير مخاطبة بحقوق الله تعالى، وحق الزوج لا يجب إلا بطلبه، بخلاف النفقة؛ لأن ذلك حقها على الزوج، فلا يتوقف على طلب الزوج.

٥٧٠١ - وإذا قبّلت المرأة ابن زوجها، فلا نفقة لها، ولها السكنى، وإذا اختارت المعتقة نفسها، أو امرأة العنين الفرقة، فلها السكنى والنفقة، وأما وجوب السكنى في هذه المسائل؛ [لأن في السكنى حق الشرع، وحق الشرع لا يسقط بصنعها. وأما الفرق بين مسألة التقبيل وبين مسألة امرأة العنين والمعتقة، مع أن الفرقة جاءت من قبلها في المسائل](٤) كلها؛ لأن في التقبيل الفرقة بغير حق، وفي اختيار امرأة العنين والمعتقة نفسها الفرقة بحق -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) أثبت من ظ و[illegible].

(٢) أثبت من م.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

نوع آخر في الحداد:

٥٧٠٢- المتوفى عنها زوجها يلزمها الحداد في عدتها، وتفسير الحداد الاجتناب عن الطيب، والدهن، والكحل، ولبس المطيب والمعصفر، وما صبغ بزعفران، ولبس القصب والخز، ولبس الحلي، والتزين والامتشاط.

٥٧٠٣- وكذلك المبتوتة يلزمها الحداد في عدتها؛ لأن وجوب الحداد على المتوفى عنها زوجها لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح؛ لما فيها من قضاء الشهوة، وحصول الصيانة، ودرور النفقة عليها، وهذا المعنى يقتضي وجوب الحداد على المبتوتة. وإنما يلزمها الاجتناب عن هذه الأشياء حالة الاختيار، أما في حالة الاضطرار، فلا بأس بها، بأن اشتكت رأسها، أو عينها، فصبت عليها الدهن، أو اكتحلت لأجل المعالجة، فلا بأس به، ولكن لا تقصد الزينة [وكذلك إن اعتادت بالدهن فخافت وجعًا غالبًا لو لم تفعل فلا بأس به، ولكن لا تقصد به الزينة][1] إذا كان الغالب هو الحلول؛ لأن الضرر الذي يلحق غالبًا بمنزلة المتحقق، فيجب الاحتراز عنه، لكن لا تقصد الزينة؛ لما قلنا.

وكذلك إذا لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ، فلا بأس به؛ لأن ستر العورة واجب، وإذا لم يكن لها ثوب آخر فهذا الثوب يتعين لستر العورة، ولكن ينبغي أن لا يقصد بذلك الزينة. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: والمراد من الثياب المذكورة ما كان جديدًا منها يقع بها الزينة، أما ما كان خلقًا لا يقع به الزينة، فلا بأس بأن تلبسه؛ لأن مقصودها ستر العورة لا التزين، والأحكام تبتنى على المقاصد.

٥٧٠٤- ولا حداد على الكتابية إلا إذا كانت بائنة من مسلم، أو متوفى عنها زوجها، ولا على الصبية، ويجب على الأمة والمكاتبة، ولا يجب على المطلقة الرجعية؛ لأن نعمة النكاح ما فاتت عنها، فلا يجب عليها إظهار التأسف.

٥٧٠٥- ولا حداد في عدة أم الولد، وكذلك في العدة من النكاح الفاسد؛ لأن الحداد إنما يجب لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح، والنكاح الفاسد معصية، وليس بنعمة، ولا نكاح بين أم الولد وبين المولى أصلًا.

وإذا احتاجت المعتدة إلى الامتشاط، فإنها تمتشط بالأسنان المفرجة، ولا تمتشط بالطرف الآخر؛ لأن الطرف الآخر للزينة، والطرف المفرج لدفع الأذى -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

(١) أثبت من عه

من مسيرة سفر؛ لأن الفساد في مدة قليلة، وفي طريق قصير يقل[1].

وأما إذا كان الطلاق رجعيًا، ينظر إن طلقها في المفازة وبينها وبين مقصدها مسيرة سفر، وإلى مكانها مسيرة سفر، تمضي مع الزوج أينما ذهب الزوج، وإن كان بينها وبين مكانها مسيرة ما دون السفر، وإلى مقصدها مسيرة سفر كان لها الخيار، وإن كان بينها وبين مكانها مسيرة ما دون السفر، رجعت إلى مكانها على كل حال - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

نوع آخر في بيان ما تصدق فيه المعتدة في انقضاء العدة:

يجب أن يعلم بأن أقل المدة التي تصدق الحرة في انقضاء العدة فيها شهران في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: تسعة وثلاثون يومًا؛ لأنها في الإخبار عما في رحمها أمينة، فيجب أن يقبل قولها إذا أخبرت بما هو محتمل بأن يكون طلاقها في آخر الطهر، وطهرها أقل الأطهار خمسة عشر، وحيضها أقل الحيض ثلاثة أيام، فيكون انقضاء عدتها بطهرين وذلك ثلاثون يومًا، وبثلاث حيض وذلك تسعة، فجملته تسعة وثلاثون يومًا.

واختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في تخريج قوله، فعلى ما ذكر محمد رحمه الله تعالى يجعل كأن الطلاق كان في أول الطهر تحرزًا عن إيقاع الطلاق بعد الجماع، ويجعل طهرها خمسة عشر، ويجعل حيضها خمسة إذ هي الوسط، فتنقضي عدتها بثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر، وبثلاث حيض كل حيضة خمسة، فجملة ذلك ستون يومًا [وعلى ما رواه الحسن عنه يجعل كأن الطلاق كان في آخر الطهر تحرزًا عن تطويل العدة عليها، وطهرها خمسة عشر، وحيضها عشرة؛ لأنه وجب تقدير الطهر بأقل الطهر نظرًا للمرأة، ووجب تقدير الحيض بأكثر الحيض نظرًا للزوج، فتنقضي عدتها بطهرين كل طهر خمسة عشر، وبثلاث حيض كل حيض عشرة، فجملة ذلك ستون يومًا][2].

وأما الأمة فعلى قولهما تصدق في أحد وعشرين يومًا؛ لأن عدتها تنقضي بحيضتين كل حيضة ثلاثة، وبطهر واحد وذلك خمسة عشر، فجملة ذلك أحد وعشرون. وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في الوجه[3] الذي خرجه محمد رحمه الله تعالى، تصدق في

(١) وفي ب: تقدر.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ و ب.

(٣) وفي النسخ التي عندنا: على الوجه.

الفصل السابع والعشرون في المتفرّقات

٥٧١٠- سئل نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى عن زوجين وقعت بينهما مشاجرة، فقالت المرأة: من با تو نمي باشم مرا طلاق كن، فقال الزوج: طلاق مي كنم، أحسب، وقال: إنها تطلق ثلاثاً؛ لأن قوله: طلاق ميكنم يتمحض للحال، وهو تحقيق بخلاف قوله: كنم؛ لأنه يتمحض للاستقبال، وهو وعد بالعربية قوله: أطلق، لا يكون طلاقاً؛ لأنه دائر بين الحال والاستقبال، فلم يكن تحقيقاً مع الشك. حتى إنه لو كان في موضع غلب استعماله للحال، كان تحقيقاً كقول الكافر: أشهد أن لا إله إلا الله، وكقول الشاهد: أشهد أن لهذا على فلان كذا، وكقول الحالف: أحلف بالله لأفعلن كذا؛ وهذا الاحتمال بالعربية. أما بالفارسية فقوله: مي كنم للحال، وقوله: كنم للاستقبال.

٥٧١١- في "المنتقى": قالت لزوجها: طلقني إن تزوجت فلانة، أو قالت: إن تزوجت فلانة علي، فقال الزوج: أنت طالق، وهو ينوي جواب كلامها، ومعناه: إن تزوجت، فهذا ليس بجواب قضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى وسعه أن يمسكها.

٥٧١٢- وفي "فتاوى الفضلي": امرأة قالت لزوجها: مرا طلاق ده، فقال: داده[1]، ذكر الهاء مكان الدال، وإن كان هذا لغة بلد هذا الزوج لم يصدق أنه لم يرد هذا الجواب، ويقع الطلاق؛ لأنه جواب ظاهراً إذا كان لغة بلده؛ لأن الظاهر أن الإنسان يتكلم بلغة بلده، وكذلك إن كان هذه لغة بلدة من البلدان كان جواباً، وإن لم يكن هذا لغة بلدة من البلدان، لم يكن جواباً ولا يقع الطلاق.

٥٧١٣- وفي "فتاوى النسفي": قيل لرجل: اين زن زن تو هست؟ فقال: هست، فقيل له: اين سه طلاقه هست؟ فقال: هست، يقع ثلاث تطليقات، ولا يصدّق الزوج في قوله: أنا ما سمعت، قوله: سه طلاقه هست، وإنما ظننت أنه يعيد الكلام الأول.

٥٧١٤- امرأة قالت لزوجها: من با تو نمي باشم، فقال الزوج: اگر مي باشي پس ترا طلاق، فقالت بعد ذلك: مي باشم، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، عامتهم على أنه يقع الطلاق؛ لأنه تحقيق لا تعليق؛ لأن مثل هذا إنما يذكر على سبيل المجازاة، وقد مرّ جنس هذا. وعلى هذا إذا أمر الرجل ابنه لأعلى امرأته، فقال: مرا زن تو خوش نيست، كه او چنين ميكند، فقال الابن: اگر ترا با او خوش نيست، پس وي ازمن سه طلاق، فقال الأب بعد

---

(١) وفي ف: دايم، ذكر الياء مكان الدال.

ذلك: مرا با تو خوش است، يقع الطلاق عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى.

٥٧١٥ - ولا يشبه المسألة قوله لامرأته ابتداء: اگر مرا نخواهی ترا طلاق، فقالت: نخواهم حيث لا تطلق، فقيل في الفرق: إن قول الزوج ابتداء: اگر مرا نخواهی، لا يمكن حمله على المجازاة، وإنه من حيث الصورة تعليق فيحمل على التعليق، حتى إن امرأة لو بدأت فقالت: من ترا نمی خواهم، فقال الزوج: اگر نمی خواهی ترا طلاق، فقالت: نمی خواهم تطلق، وفي تلك المسألة لو قال الزوج ابتداء: اگر تو من می باشی ترا طلاق، فقالت: می باشم، أو قال الابن للأب ابتداء: اگر تو بازن من خوش نیست، او را طلاق، فقال الأب: خوش نیست، لا يقع الطلاق ويكون تعليقاً.

٥٧١٦ - وفي المنتقى: رجل قالت له امرأته: أبغضتك وأعرضت عنك، فقال الزوج: إن كنت تبغضيني وأعرضت عني فأنت طالق، فسكتت المرأة ولم تقل شيئاً: لا تطلق، وهذه المسألة تبطل ما ذكرنا من الفرق، وتؤيد قول من يقول بعدم الوقوع في تلك المسألتين.

ويحكى عن نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى، أنه كان يقول في الفرق: في تلك المسألة ذكر كلمة "پس"، وإنها كلمة تحقيق حتى لو لم يذكر كلمة "پس"، ولكن قال: اگر مباشی ترا طلاق، وقال في المسألة الأخرى: اگر ترا بازن خوش نیست واد مش سه طلاق، يكون تعليقاً ولا يكون تنجيزاً، وفي هذه المسألة لم يذكر پس، وإنما قال: اگر مرا نخواهی ترا طلاق، وهذا تعليق. ولو ذكر "پس" في هذه المسألة فقال: اگر مرا نخواهی پس داشتی طلاق، كان تنجيزاً.

٥٧١٧ - وفي المنتقى أيضاً: بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لامرأته: إن قلت لك أنت طالق، فأنت طالق، ثم قال لها: قد طلقتك، فهذه تطلق أخرى، فإن قال: عنيت به أن يكون الطلاق معلقاً باللفظ، وهو قوله: أنت طالق، لا يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

٥٧١٨ - رجل قال لامرأته: هذه طالق هذه - لامرأة له أخرى - طلقت الأولى لا غير؛ لأن لفظ طالق منصرف إلى الأولى، ولم يعطف لانقطاع الاتصال بالثانية بحكم العطف. ولو قال: هذه هذه طالق، طلقت الأخرى لا غير، ولو قال ذلك لامرأة واحدة، لا يقع إلا واحدة في الوجهين، هكذا ذكر في النوازل. وذكر في المنتقى: إذا قال: هذه طالق هذه لامرأة أخرى له طلقتا، وكذلك لو قال: هذه أو فهذه.

٥٧١٩ - وفي العيون: إذا قال لامرأته: أنت طالق أنت، أو قال: أنت طالق وأنت،

أو قال: فأنت، يقع واحدة؛ لأن هذا يحتمل التكرار، [لأن قوله: "وأنت" يحتمل التكرار](1) كقوله: أنت أنت(2)؛ لأنه كما يقال: أنت أنت، يقال: أنت وأنت، ولو قال ذلك لامرأة أخرى: يقع على كل واحدة تطليقة؛ لأن هذا لا يحتمل التكرار، فيكون إيقاع طلاق آخر.

٥٧٢٠- وعن محمد رحمه الله تعالى فيما إذا قال لامرأة واحدة: أنت طالق وأنت، يقع تطليقتان. وما ذكر في "العيون" فيما إذا قال لامرأته: أنت طالق أنت لامرأة له أخرى، أنه يقع على كل واحدة منهما تطليقة، يوافق ما ذكر في "المنتقى" في قوله: هذه طالق هذه لامرأة له أخرى، ويخالف ما ذكر في "النوازل".

٥٧٢١- ذكر في فتاوى أهل سمرقند: في رجل حكى يمين رجل، فلما بلغ إلى ذكر الطلاق خطر بباله امرأته، إن نوى عند ذكر الطلاق عدم الحكاية واستئناف كلام طلاق، ويكون الكلام موصولا بحيث يصلح للإيقاع على امرأته، طلقت امرأته، وإن لم ينو ذلك لا تطلق امرأته، وهو محمول على الحكاية.

٥٧٢٢- ويحكى عن القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي: في رجل يذكر مسائل الطلاق بين يدي امرأته ويقول: أنت طالق، وهو لا ينوي بذلك طلاق امرأته؟ لا تطلق امرأته.

٥٧٢٣- قيل لرجل: ألست طلقت امرأتك؟ قال: بلى، تطلق؛ لأن بلى جواب الاستفهام بالإثبات، فكأنه قال: طلقت امرأتي، ولو قال: نعم، لا تطلق امرأته؛ لأن نعم جواب الاستفهام بالنفي، فكأنه قال: ما طلقت امرأتي، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى﴾(3)، وكذا بلى للإثبات، ومن قرأ في صلاته نعم، تفسد صلاته.

٥٧٢٤- صاحب برسام طلق امرأته، فلما صح قال: طلقت امرأتي، ثم قال بعد ذلك: إنما قلت ذلك؛ لأني توهمت أن الطلاق قد وقع، فإن كان إقراره في غير حال مذاكرة الطلاق الذي كان منه في حال برسامه، لا يصدق؛ لأنه صحيح عاقل أقر بالطلاق مرسلا، فيؤاخذ بإقراره. وإن كان في حال مذاكرة الطلاق، ذلك يصدق؛ لأن مذاكرة الطلاق تدل على إرادته ذلك الطلاق.

إذا قال لامرأته: اكر ترا بزنى كنم ترا يك طلاق ودو طلاق ثم تزوجها، يقع واحدة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) وفي "ظ": كقوله: أنت أنت.

(٣) الأعراف: ١٧٢.

واحدة ونوى الطلاق، يقع عليها تطليقة أخرى؛ وهذا لأن صحة هذه اللفظة بالإضمار، فإن معنى قوله: أنت واحدة أنت طالق تطليقة واحدة، فيصير الحكم للصريح، ولكن لا بد من النية بسبب هذا القصور، قيل: إذا وقع الطلاق ههنا عند النية يقع الثلاث، والثلاث بوائن، والمختلعة لا يلحقها البوائن، قال: لا يقع الثلاث ههنا، بل يقع ما بقي من التطليقتين؛ لأنه وقع طلقة واحدة بالخلع والثنتان رجعيتان، إلا أنه يقع البينونة ههنا؛ لأن الثلاث قد تم لا لأن الواقع بوائن، وهو نظير ما لو قال للمختلعة بتطليقتين: أنت طالق، يقع الطلاق، وإن كان إذا وقع يسقط البينونة، وطريقه ما قلنا][1].

٥٧٢٥ - رجل قال لامرأته: برخيز وبخانه مادر رو وسه ماه عدت من بدار، ثم قال: دادمت يك طلاق، ثم قال: اين سخن آخرين بدان گفتم كه نبايد كه معنى سخن اول ندانسته باشي، فقد قيل: يقع عليها ثلاث تطليقات؛ لأن قوله لها: قومي من مدلولات الطلاق.

٥٧٢٦ - وكذلك قوله: اذهبي إلى بيت أمك، وقد عطف هذا على الأول فكان اثنان، ثم لما صرح بالطلاق بعد ذلك وقال: اين سخن آخرين بدان گفتم كه نبايد كه معنى سخن اول ندانسته باشي، فقد بيّن أنه أراد بما تقدم الطلاق، وقد تقدم كلامان كل واحد يصلح للطلاق فصارا تطليقتين، والصريح ثالثهما فيقع الثلاث، وقد قيل: يقع تطليقتان إحداهما بقوله: برخيز، والثاني بالصريح، ولا يقع بقوله: بخانه مادر رو وسه ماه عدت بدار؛ لأن الواقع بقوله: برخيز، عند نية الطلاق البائن، والواقع بقوله: بخانه مادر رو كذلك، والبائن لا يلحق البائن، أما الصريح يلحق البائن.

٥٧٢٧ - وإذا قال لامرأته: وهبتك، أو قال: وهبت لك طلاقك، فقال: نويت أن يكون الطلاق في يدها، لا يدين في القضاء؛ لأن الهبة تقتضي زوال ملك الواهب وذلك بالإيقاع، لا بجعل الطلاق إليها؛ فإن بجعل الطلاق إليها، لا يزول ملك الرجل عن المرأة، فإذا نوى غير الإيقاع، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه يحتمل وهبت لك طلاقك، ولو أراد أن يطلقها، فقالت: هب لي طلاقي، أي أعرض عنه، فقال: وهبت لك طلاقك، صدّق في القضاء.

(١) هكذا في "ب" و"م"، وكان في الأصل و"ظ" و"ف": وقد ذكرنا هذه المسألة في فصل مسائل الخلع بجملتها وتفاصيلها، ففي الأصل وغيره إجمال، وفي "ب" و"م" تفصيل، فجعلنا التفصيل في المتن، والإجمال في الحاشية.

من ضرورة كونه في يده بقاؤه في يده[1]، بل الأمر المطلق يقتصر على المجلس، فقد تبدل فيبطل. ولو أنه قال: در دست تست، فهذا إقرار منه بكون الأمر في يده في الحال، فيصح منه التطليق.

٥٧٣٣- سئل هو أيضاً عمن قال: [اسپاهه مادران را طلاق، وقال: ما عنيت امرأتي، لا تطلق امرأته لانعدام الإضافة إليها، وقد مر جنس هذا. قال لامرأته:][2] طلاق بردار وبرو، فهذا تفويض الطلاق إليها، فإن طلّقت نفسها في المجلس طلّقت وإلا فلا، وعلى قياس قوله: خذي طلاقك، ينبغي أن يكون هذا إيقاعاً؛ لأن بردار طلاق يستدعي وجود الطلاق ووجود الطلاق بالإيقاع، كما أن أخذ الطلاق يستدعي وجوده، ووجوده بالإيقاع.

٥٧٣٤- امرأة قالت لزوجها: مرا چنين گران بخريدة بهيچ بازده؟ فقال الزوج: بازدادم وهو ينوي الطلاق، قال شيخ الإسلام أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا تطلق، قيل له: إن قال أب المرأة: گران بخريده اين بازده، فقال: دادم ونوى به الطلاق، قال: تطلق، ويكون هذا بمنزلة قوله لامرأته: الحقي بأهلك وهو ينوي الطلاق.

٥٧٣٥- إذا قال: امرأته طالق ثلاثاً، وله امرأة معتدة منه عن طلاق بائن، لا تطلق هي إلا إذا أشار إليها، بأن قال: امرأته هذه طالق، أو قال بالفارسية: اين زن را طلاق.

٥٧٣٦- وسئل أبو نصر رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: إن اشتريت أمة أو تزوجت عليك امرأة، فأنت طالق واحدة، فقالت: لا أرضى بتطليقة واحدة، فقال: أنت طالق ثلاثاً إن لم ترض بواحدة، قال: هذا الكلام يراد به الشرط، ولا يراد به الابتداء، فلا يقع في الحال شيء.

٥٧٣٧- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": إذا قال الرجل: أمر امرأتي بيد فلان شهراً، ولم يسم شهراً بعينه، فالشهر من يوم قال ذلك المقالة، وإن ذكر الشهر منكراً؛ لأن عيناً هذا الشهر الذي يلي هذه المقالة بدلالة العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أنهم إذا أطلقوا الشهر إطلاقاً في التفويض، يريدون به الشهر الذي يلي التفويض، هذا ولأن الحامل على جعل الأمر بيد غيره طلبها، وتطييب قلبها، أو حاجة الزوج إلى الخلاص، والطلب موجود في الحال، والحاجة إلى الخلاص قائمة في الحال؛ لأن جعل الأمر باليد لا يختص

---

(١) هكذا في "ف"، وكان في "ب": وليس من ضرورة ما كان في يده بقاؤه في يده، بل الأمر المطلق مقتصر على المجلس، وفي "ظ": وليس من ضرورة كونه في يده بقاؤه في يده.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

بعد ذلك، وفرّق بينهما][1] أيضًا في مجلس علمه، وقعت الفرقة؛ لأن بعد مضي الشهر صار الأمر بيدهما، وتوقف الأمر على مجلس علمهما، وقد اجتمعا على التفريق في مجلس علمهما فتقع الفرقة.

ولو أن الذي علم أولاً لم يفرّق بينهما حتى قام عن مجلس علمه، أو اشتغل بعمل آخر يدل على الرد، بطل الأمر؛ لأن الأمر خرج عن يد الذي علم أولاً بالقيام عن المجلس، فيخرج من يد الآخر ضرورة؛ لأن الآخر لا ينفرد بالتفريق [فبطل الأمر ضرورة. وإنما لم ينفرد الآخر بالتفريق][2] لوجهين: أحدهما: أن في التفويض تمليك وتعليق الطلاق بمشيئة المفوض إليه، ولهذا لا يملك الرجوع، فصار كما لو قال: إذا شئتما، فهي طالق، ولو قال: هكذا، فشاء أحدهما لا يقع الطلاق، كذا هنا.

والثاني: أن هذا تصرف يحتاج فيه إلى المشورة والرأي، وقد رضي برأيهما، والراضي برأي المثنى فيما يحتاج فيه إلى الرأي لا يكون راضيًا برأي الواحد، فلا ينفرد أحدهما بالإيقاع.

٥٧٤٠ - وفي «المنتقى»: إذا قال لها: طلّقي نفسك إن شئت، وأعتقي عبدي إن شئت، فبدأت بعتق العبد، وثنت بتطليق نفسها جاز. وفي «البقالي»: إذا قال لها: طلّقي نفسك إن شئت، وأعتقي عبدي إن شئت، وفلانة إن شئت، بدأت بأيهما شاءت. ولو قال لها: طلّقي نفسك إن شئت، وقال لها رجل آخر: أعتقي عبدي إن شئت، فبدأت بالإعتاق خرج الأمر من يدها. وفي «البقالي» أيضًا: إن لم تطلّقي نفسك فأنت طالق؛ فهذا تمليك.

٥٧٤١ - وفي «المنتقى»: إذا قال لامرأته: أنت طالق غدًا وهذه، كانا جميعًا على الغد، ولو قال: هذه طالق غدًا وهذه طالق، طلقت الثانية ساعتئذ، وكذلك هذا في إعتاق العبدين، وكذلك في عتق وطلاق بأن قال لامرأته: أنت طالق غدًا، وهذا حر، وأشار إلى عبد له، كان العتق على العبد[3].

٥٧٤٢ - وفيه أيضًا: إذا قال لامرأتين له: إحداهما زينب، والأخرى عمرة. يا عمرة! أنت طالق، ويا زينب، لم تطلّق زينب إلا أن ينويها. ولو قدّم أسماءهما، فقال: يا عمرة! يا زينب! أنت طالق، لم تطلّق الأولى إلا أن ينويها

...

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، ف.

(٢) أثبت من: ف، ظ، م.

(٣) وفي ف: على العبد.

٥٧٤٣ - وفي «المنتقى»: قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل ادّعت عليه امرأة أنه طلقها ثلاثاً وهو يجحد، فمات الزوج، وجاءت المرأة تطلب ميراثها؟ فقال: إن صدّقته المرأة قبل أن يموت، وقالت: صدقت لم تطلّقني ورثته، وإن لم ترجع إلى تصديقه حتى مات لم ترثه.

٥٧٤٤ - وفيه أيضاً: مرّت امرأة بين يدي رجل، فقال الرجل: هي طالق، وسمع ذلك منه قوم، ثم رأوها معه بعد ذلك وهو يقول: هي امرأتي، فشهدوا عليه أنه طلقها، فقال الرجل: طلقتها أمس وهي ليست لي بامرأة، وتزوجتها اليوم. وقال القوم: طلقتها أمس، ولا ندري أكانت امرأته أم لا، فالقاضي لا يقضي بطلاقها حتى شهدوا عليه أنه طلقها، وهي امرأته.

٥٧٤٥ - وفيه أيضاً: إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة أو ثلاثاً، فإن لم يدخل بها بانت بواحدة، ولا خيار في الثلاث، وإن كان قد دخل بها، فهو بالخيار ما دامت في العدة، فإذا انقضت العدة بانت بواحدة، وليس في الثلاث خيار، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا: أن من أوقع أحد الطلاقين إما الأخف أو الأغلظ، يقع الأخف، ينبغي أن تقع الواحدة على كل حال، ولا يكون له الخيار.

٥٧٤٦ - وفي «العتابي»: إذا قال لها: أنت بائن أو رجعي، ثم قال لها: أنت طالق، صار مختاراً للرجعي ووقع أخرى، وكذلك إن خالعها، أو طلقها بمال، ولو (١) قال لها: أنت طالق، لم يكن اختياراً، ولو قال: رجعيّاً وأراد الاستئناف كان مختاراً للرجعي، ووقع أخرى، ولو قال: عنيت الأولى صدق. وكذلك إذا قال لها: أنت بائن، وقال: عنيت الأولى صدق.

وعن محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: إذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق واحدة، فماتت المرأة بعد قوله: أنت طالق، قبل قوله: واحدة، لم يقع عليها شيء.

٥٧٤٧ - الأصل في هذه المسألة وأجناسها: أن الزوج إذا وصل العدد بقوله: أنت طالق، كان العامل هو العدد لا قوله: أنت طالق، ألا ترى أنه لو قال لها قبل الدخول بها: أنت طالق ثلاثاً يقع الثلاث، وكذلك لو قال لها: أنت طالق ثنتين يقع ثنتان، فلو كان العامل قوله: أنت طالق، وقد بانت بقوله: أنت طالق لا إلى عدة، ينبغي أن لا يقع عليها الزيادة على الواحدة، علم أن العامل في مثل هذه الصورة العدد، وقد صادفها العدد وهي ميتة، فلا يقع عليها شيء، وعلى هذا إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً، فماتت بعد قوله: أنت طالق، قبل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

لأن بدل الخلع مستحق، والحكم في مثله ما قلنا. وإذا جرى بينه وبين امرأته خلع غير صحيح، فسأله رجل با زن جدائي كردي؟ فقال: نعم، فهذا إقرار منه بالحرمة، وإقراره حجة عليه. ولو كان قال: بدان خلع جدائي كرده ام، وذلك الخلع غير صحيح، لا يقع الطلاق.

٥٧٥٩- قال في الأصل: وإذا اختلعت المرأة من زوجها [على جعل إلى أجل مسمى](1)، فالخلع جائز، والجعل إلى أجله، وإذا أعطت كفيلا، أو رهنا ببدل الخلع جاز؛ لأنه دين مضمون عليه، فيصح به الرهن، والكفالة كسائر الديون. فإذا اختلعت من زوجها بألف درهم إلى الحصاد والدياس، فالخلع جائز والأجل جائز. ولو اختلعت من زوجها بألف درهم إلى موت فلان، فالخلع جائز والأجل باطل، وكل واحد من الأجلين مجهول، وإن كان كذلك؛ لأن الجهالة في مجيء الحصاد والدياس يسيرة؛ لأنه لا يتقدم ولا يتأخر إلا بمقدار شهر أو أقل، والجهالة في موت فلان متفاحشة؛ لأن موت فلان قد يوجد بعد مدة يسيرة، وقد لا يوجد إلا بعد مائة سنة. والأصل أن الجهالة المتفاحشة في الأجل تمنع صحة التأجيل في الخلع، واليسيرة لا تمنع، فلو ذهب الحصاد في تلك السنة، فإنه يعتبر الوقت؛ لأن المقصود من ذكر الحصاد الوقت لا عينه.

٥٧٦٠- اختلعت من زوجها على عبد بعينه، وهلك العبد قبل التسليم، رجع الزوج عليها بقيمته، وقد مر جنس هذا في فصل الخلع. وإن ظهر أنه كان ميتا وقت الخلع، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يرجع الزوج عليها بما دفع إليها من المهر، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يرجع عليها(2) بقيمته لو كان حيا. وهذه المسألة فرع ما إذا تزوج على عبد بعينه، فإذا هو حر أو ميت، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لها مهر المثل، ففي الخلع يجب عليها رد ما قبضت من المهر؛ لأن حكم فساد التسمية في النكاح وجوب مهر المثل، وحكم فساد التسمية في الخلع رد ما دفع إليها من المهر.

٥٧٦١- وإذا اختلعت من زوجها على خادم، أو وصيف بغير عينه، فالخلع جائز، وكان للزوج خادم وسط، ووصيف وسط؛ لأن الجهالة في الصفة، لا في الجنس، وجهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في معاوضة مال بما ليس بمال، على ما عرف في النكاح.

٥٧٦٢- وإذا خالعها على عبد أو ثوب، فإن كان بعينه جاز الخلع، وكان للزوج عين ذلك، وإن كان بغير عينه، ففي العبد يجوز؛ لأن العبد معلوم الجنس، إلا أنه مجهول الصفة،

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

(2) وفي ف: رجع الزوج عليها ... إلخ.

القادم، بر في يمينه، وإلا طلقت امرأته؛ لأن يمينه انعقدت على هذا القدوم هكذا، وإن ذبح بقرة من بقور امرأته لم يبر في يمينه؛ لأن شرط البر ذبح بقرته، ولا يبر إلا إذا كان بين هذه المرأة وزوجها من الانبساط ما لا يميز كل واحد منهما ماله من مال صاحبه قط، ولا يجري بينهما مجادلة فيما يتناول كل واحد منهما من مال صاحبه قط، فحينئذ يجوز أن يبر؛ لأن هذا يعد ذبح بقرته عادة(1)، فإن كان هذا الرجل قد ذبح بقرة نفسه لأجله، لكن لم أضافه بلحمها بعد الذبح، فإن كان للقرية التي انتقل منها هذا القادم قريبة من هذه القرية بر في يمينه، وإن كانت بعيدة مما يعد سفراً أخاف أن لا يبر في يمينه؛ لأن مثل هذا إذا قدم يتخذون الضيافة لأجله؛ فيقع اليمين على الضيافة بعد الذبح.

٥٧٧٠- إذا قال بالفارسية: اكر من هركز كشت كنم في هذه القرية، فامرأته طالق ثلاثاً، فإن زرع شيئاً من الحبوب، أو بذر البطيخ، أو القطن، طلقت امرأته؛ لأنه يزرع(2)، وإن سقى زرعاً قد زرعه غيره، أو حصد لا تطلق امرأته؛ [لأنه ما لم يزرع لا يسمى كشت كردن، ولو دفع إلى غيره مزارعة، أو استأجر أجيراً، فزرع أجيره لا تطلق امرأته](3) إذا كان ذلك الرجل ممن يلي ذلك بنفسه.

٥٧٧١- وإن نوى لا يأمر غيره، طلقت امرأته؛ لأنه نوى ما يحتمل لفظه، وفيه تغليظ، فإن كان قد زرع أجير له، أو زرع غلامه، وقد كان يعمل به قبل ذلك، طلقت امرأته؛ لأنه كان يريد قبل اليمين بهذا الغلام، وبهذا الأجير، فيدخل هذا النوع تحت اليمين إلا إذا نوى نفسه(4)؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

٥٧٧٢- إذا قال: إن عمرت في هذا البيت عمارة، فامرأته طالق، فعمر حائط بين هذا البيت، وبين بيت رجل آخر فعمره، وكان من قصده عمارة البيت الآخر، طلقت امرأته. وبحث أبو جعفر رحمه الله تعالى عن هذا، فقال: الإرادة مع حقيقة الفعل غير نافذة، أراد به أن لا معتبر بالإرادة مع حقيقة الفعل.

٥٧٧٣- إذا قال الرجل لأصحابه: إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي، فامرأتي طالق،

---

(1) وفي ظ: لأن هذا يعد ذابحاً بقرته عادة.

(2) وفي [illegible] و [illegible]: فقد زرع.

(3) أثبت من [illegible] و [illegible].

(4) وفي [illegible]: تحت اليمين إلا أن يقع بنفسه؛ لأنه نوى [illegible] إلخ.

فذهب بهم بعض الطريق ، فأخذهم العسس[1] وحبسهم ، لا تطلق امرأته ، هكذا حكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى ، قال الفقيه أبو الليث : هذا الجواب يوافق قولهما في مسألة الكوز .

٥٧٧٤ - وفي أيمان « المنتقى » : إذا قال لامرأته : إن لم تطلقي نفسك ، فأنت طالق ، فهذا على المجلس ، وهو إذن لها في التطليق ، فيلزمها ذلك إن طلقها .

٥٧٧٥ - ابن سماعة قال : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول فيمن قال : كل امرأة أتزوجها تشرب السويق ، فهي طالق ، أو قال : كل امرأة أتزوجها تلبس المعصفر ، فهي طالق ، فتزوج امرأة ، فهذا على أن تشرب السويق ، وتلبس المعصفر بعد التزوج إلا أن تكون نيته على ما قبله .

٥٧٧٦ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لامرأته : كل امرأة أتزوجها غيرك إلا أن لا تزوجيني نفسك ، فهي طالق ، ثم إن المحلوف عليها أبت أن تزوج نفسها منه ، فتزوج الرجل بامرأة أخرى ، ثم إن المحلوف عليها زوجت نفسها منه قال : إذا تزوج هذه طلقت كل امرأة تزوجها بعد اليمين .

٥٧٧٧ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لامرأة لا يملكها : إذا تزوجتك فأنت طالق ، ثم قال لامرأة أخرى له لا يملكها : إذا تزوجتك ، فقد أشركتك في هذه التطليقة ، فتزوج الثانية مع الأولى ، أو بعد الأولى طلقتا ، ولو تزوج الثانية أولاً ، لا يقع عليها الطلاق ما لم يتزوج الأولى ، فإذا تزوج الأولى الآن يقع الطلاق عليها .

٥٧٧٨ - قال في « الجامع » : إذا قال الرجل : إن دخلت الدار فعبدي حر ، وإن كلمت فلاناً فامرأتي طالق ، فدخل الدار ، عتق عبده ، ولا ينتظر فيه كلام فلان ، ولو كلم فلاناً ، طلقت امرأته ، ولا ينتظر فيه دخول الدار .

٥٧٧٩ - ولو قال : أنت طالق غداً ، أو عبدي حر بعد غد لا يقع شيء ما لم يجيء بعد غد ، وإذا جاء بعد غد خير بين أن يختار الطلاق ، أو يختار العتق .

والفرق أن في الصورة الأولى كلمة « أو » دخلت على الشرطين ، ودخولها على الشرطين لا يكون دخولاً على الجزائين[2] ؛ لأن الشرط تبع للجزاء لأنه يوجب الجزاء حالاً ، وهو متأخر ، وما يوجب لغيره حالاً فهو كالصفة لذلك الغير ، والصفة تابعة للموصوف ، وإذا

---

(١) العسس : من يطوف بالليل يحرس الناس ، ويكشف أهل الريبة .

(٢) هكذا في « ب » و « ب » ، وكان في جميع النسخ التي عندنا « دخولاً على الجزاء » .

كان الشرط تبعًا للجزاء لا يستتبع الجزاء، فاقتصرت كلمة "أو" على الشرطين [وبقي كل جزاء مع الشرط الذي علق به](1)، فإذا وجد ذلك الشرط نزل الجزاء المعلق به، وبطل الآخر كيلا يلزمه حكم اليمين(2). وقد دخل بينهما حرف أو؛ لأن حرف أو، وإن كانت تعم في النفي، وهو الشرط تخص في الإثبات، وهو الجزاء.

وفي الصورة الثانية(3) كلمة أو دخلت على الجزائين، ودخولها على الجزائين يكون دخولًا على الوقتين؛ لأن الوقت كالصفة للجزاء [لأنه يوجب صفة التأخر للجزاء](4)، والصفة تابعة للموصوف، فما دخل على الأصل يكون داخلًا على التبع، فصار الطلاق مضافًا إلى أحد الوقتين، والعتاق كذلك، وصار تقدير المسألة أنه قال لامرأته: طالق، أو عبده حر غدًا، أو بعد غد، فصار ملتزمًا أحد الجزائين في أحد الوقتين، والملتزم [في أحد الوقتين ملتزم](5) في آخرهما، فيصير عند آخر الوقت كأنه قال: عبده حر، أو امرأته طالق، ولو قال هكذا كان له أن يختار أيتهما شاء ويبطل الآخر، كذا هنا. ولو قال الرجل(6): امرأته طالق إن لم يكن يدخل فلان هذه الدار أمس، ثم قال: عبده حر إن كان فلان دخل هذه الدار أمس، حلف يمينين على رجل واحد، وعلى دار واحدة ولا يدري أدخل فلان الدار أو لم يدخل، ذكر في "الجامع" أنه تطلق امرأته، ويعتق عبده قال ثمة، ومن العلماء رحمهم الله تعالى من قال لا: يعتق عبده ولا تطلق امرأته.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "النوادر": أنه تطلق امرأته ولا يعتق عبده. فوجه ظاهر الرواية أن اليمين بالطلاق إقرار بأن فلانًا دخل الدار، واليمين بالعتق إقرار بأن فلانًا لم يدخل الدار، فقد وجد شرط الحنث في اليمين بإقراره، فيحنث فيهما. ألا ترى أنه لو أقر بعد اليمين، فقال: فلان دخل الدار [ثم قال: لا، بل لم يدخل](7) يحنث فيهما جميعًا وطريقه ما قلنا. وفي "القدوري" أن أبا يوسف رحمه الله تعالى كان يقول أولًا بالحنث في

(1) أثبت من "ب" و"ف".

(2) وفي "ب" و"ف": حكم اليمين.

(3) وفي "ب" و"ف": أما في الصورة.

(4) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

(5) أثبت من "ظ"، وفي "ف": في أحد الوقتين ملتزم.

(6) وفي "ف": كذا هنا، وقال في الجامع أيضًا إذا قال الرجل... إلخ

(7) أثبت من "ب" و"ف".

باليمينين كما ذكر في «الجامع» ثم رجع عن هذا وقال: إذا قال بعد الأولى: وقعت(1)، أو فعلت حنث في اليمين الأولى، ولم تلزمه الثانية.

٥٧٨٠ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته: [أنت طالق إن دخلت الدار ثنتين قال: هي طالق بدخول الدار ثنتين، وكذلك إذا قال](2) أنت طالق إن دخلت الدار ثلاثًا كانت طالق ثلاثًا، وكذلك إذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار بائنًا كانت طالقًا بدخول الدار واحدة بائنة، ولو قال: أنت طالق واحدة إن دخلت الدار ثنتين كانت طالقة الساعة ثنتين وإذا دخلت الدار طلقت واحدة أخرى. قال: ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق واحدة إن دخلت الدار طالق كانت طالقًا الساعة واحدة بقوله طالق، فكانت الأولى على دخول الدار.

٥٧٨١ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال: كل امرأة من نسائي تدخل هذه الدار، فهي طالق وفلانة، فدخل بعض نسائه، وقع الطلاق على المسمى قبل الدخول، ومن دخلت الدار لزمها أخرى، يريد به إذا كانت في العدة، فيقع عليها تطليقتان إحداهما بحكم اليمين المنعقدة بقوله: كل امرأة من نسائي، وأخرى بغير يمين، وقد مرت هذه المسألة من قبل.

٥٧٨٢ - وكذلك إذا قال: كلما دخلت امرأة من نسائي الدار، فهي طالق وأنت، قال ذلك لامرأة أخرى [أو قال: من دخلت من نسائي الدار، فهي طالق وأنت، قال ذلك لامرأة أخرى](3) لزمها الطلاق ساعة ما سكت، فإن دخلت لزمها أخرى أيضًا ما دامت هي في العدة.

٥٧٨٣ - وكذلك لو قال لامرأته: أنت طالق ومن دخلت الدار من نسائي طالق، فهي طالق للحال، فإن دخلت الدار وهي في العدة لزمها أخرى، ولو قال: أنت وفلانة طالق إن دخلت الدار، لم تطلق واحدة منهما حتى تدخل فلانة الدار [وكذلك إذا قال لها: أنت وفلانة طالق إن دخلت فلانة الدار، لم تطلق واحدة منهما حتى تدخل فلانة الدار](4).

٥٧٨٤ - سئل نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى عمن له امرأة حلال وامرأة حرمت عليه

---

(1) هكذا في ب و ف، وكان في الأصل و ظ: [illegible]

(2) أثبت من ب و ف.

(3) أثبت من ب و ف.

(4) أثبت من ب و ف.

ثلاث، فدخل الرجل على امرأته بحلال، فقالت له: رو بخانه آن زن سه طلاقه، فقال الرجل: سه طلاقه آن كس است كه آن زن را سه طلاقه مى كند. هل تطلق هذه ثلاثاً؟ قال: نعم.

٥٧٨٥ - وسئل هو أيضاً عمن قال: اكر بدين خانه چيزى اندر آرم از باب كدخدائى[1] فامرأته طالق، پسر اين مرد بخانه پدر آمد وبيمار شد وپدر كشك[2] آورد با اهل وى بحث تا جمله خوردند، قال: لو جاء به للمريض وحده لا تطلق امرأته ولو كان بخلافه تطلق.

٥٧٨٦ - وسئل هو أيضاً عمن قالت له امرأته: تو از من بيك سو من از تو سه بيك سو فقال الزوج: همچنان كيره هل تطلق بهذا؟ قال: لا [لأنه لو قال الزوج لها: تو از من بيك سو ومن از تو بيك سو لا][3] تطلق لأن هذا ليس بصريح ولا كناية.

٥٧٨٧ - وسئل هو أيضاً عمن [قالت له امرأته: طلقني فقال لها: ترا نه طلاق مانده است، وبه نكاح برخيز وبرو قال: هذا إقرار أنه قد طلقها ثلاثاً.

٥٧٨٨ - وسئل هو أيضاً عمن][4] حلف بطلاق امرأته أن لا يشرب خمراً، وكانت امرأته تشدد عليه في هذا التحليف، فقال لها: اكنون چون هفتاد دو طلاقه شدى ديگر چه؟ قال: هذا إقرار بالطلقات الثلاث

٥٧٨٩ - وسئل هو أيضاً عمن قال لامرأته: همه زنان خويشتن از مردان خريده اند من خويشتن از تو مى خرم مى فروشى؟ زن گفت: اكر طلاق در شكم من است دادمت صد بار طلاق، مرد گفت: طلاق دادمت ومىگويد: افسوس وى خواستم، ورد سخن وى قال: سه طلاق افتد؛ لأن صيغته صيغة التطليق وينبغي أن يقال: إن غير التهمة بحيث يعلم أنه أراد به افسوس زن، ورد سخن وى لا تطلق، وقد مر شيء من هذا فيما تقدم.

٥٧٩٠ - وسئل هو أيضاً عمن قال لامرأته: اكر ازين پس مرغ دارى ترا طلاق؟ مرغان را بكسى ديگر داد، اين زن تا آن كس بداود قال: إن كان بينه للوث منها في بيته فإذا أمسكه غيرها في بيته لا تطلق، وإن كان يعنيه لاشتغالها بإمساكها وتدبير بيضها وعلفها تطلق؛ لأن ذلك حاصل بإمساك غيره بأمرها.

(١) رئيس القرية أو المحلة.

(٢) اللبن الجاف (قروت).

(٣) أثبتناه من ب و ف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب و ف.

٥٧٩١ - وسئل هو أيضاً عمن قال : اگر مي خورم يا بدست گيرم زن از وي بسه طلاق ، فتناول إناء من الخمر هل تطلق امرأته؟ قال : نعم، وقال : هذا يكون بتناول الخمر باليد، فإن عينها لا يتناول باليد بانفرادها، وإنما يتناول في الإناء، فقيل له : إن أخذ الإناء لا للفسق[1]، لكن للنقل إلى مكان التخليل هل تطلق؟ قال : نعم، إذا لم يخطر بباله عند اليمين الأخذ بالشرب.

٥٧٩٢ - وسئل هو أيضاً عمن قال لغريمه : زن تو چه نامست، فقال : عائشة وكان اسم امرأته فاطمة، فقال رب الدين : اين زن كه تو بخانه است عائشة نام از تو بطلاق اگر فردا نيائي، ومرأته يعني فقال : نعم، فردا نيامد، هل تطلق امرأته؟ قال : لا، وهذا ظاهر.

٥٧٩٣ - وسئل هو أيضاً عمن قال لامرأته : اگر از كار كرد تو من دانگي خورم، تو از من بطلاق، فعملت وأرضعت ووهبت لآخر، ثم إن الموهوب له قدمه إلى الحالف فأكله، قال : طلقت امرأته؛ لأنه أكل من أجر كسبها وإرضاعها؛ لأن بالهبة لا يخرج من عملها، أو أجر إرضاعها. قال : وهذا بخلاف ما لو قال : إن أكلت مالك وباقي المسألة بحالها، حيث لا تطلق؛ لأنه خرج عن ملكها بالهبة والتسليم، فلا يكون مالها، أما هنا بخلافه.

٥٧٩٤ - وفي القدوري : إذا حلف لا يأكل من كسب فلان، فانتقل كسبه إلى غيره بشراء، أو وصية، فأكل الحالف لا يحنث؛ لأنه صار كسبا للثاني، والمشتري والموصى له يملك[2] على حكم ملك الأول، فعلى قياس ما ذكره القدوري رحمه الله تعالى : ينبغي أن لا تطلق فيما إذا قال لها : اگر از كار كرد تو خورم؛ لأن الكسب عربية كار كرد [والمعنى أنه اختلف سبب الملك، واختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين على ما عرف][3]

٥٧٩٥ - وفي فتاوى النسفي رحمه الله تعالى : إذا قال لامرأته : ترا طلاق اگر بتبسمات نشوم، قال : لا يقع الطلاق سواء ندم في الحال، أو لم يندم، أما إذا ندم فلا شك، وأما إذا لم يندم فلأنه عسى يندم في الثاني.

٥٧٩٦ - إذا قال لها : إن لم أجامعك مع هذه الجبة التي عليك، فأنت طالق، فنزعتها وأبت أن تلبسها، فالحيلة في ذلك أن يلبس الزوج الجبة، ويجامعها فلا تطلق؛ لأنه جامعها مع

(١) هكذا في الأصل و ف و ظ ، وفي ب : لا للكسوة، وفي م : لا للسعي، لعله لا للسقي

(٢) وفي ب و ف : لا يملك

(٣) أثبت من ب و ف

٥٨٠٤ - رجل قال لامرأته: إن لم تأتيني بشيء كلمه الله فأنت طالق ثلاثاً، قيل: ينبغي أن تأتيه بالنار، فإن الله تعالى [كلّم النار، قال الله تعالى](١): ﴿قلنا يا نار كوني برداً وسلاماً على إبراهيم﴾(٢).

٥٨٠٥ - رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن، ثم قال لواحدة أخرى من الثلاث الباقيات: أشركتك في طلاق هذه، ثم قال لواحدة من الثنتين الباقيتين: أشركتك في طلاقهما، ثم قال للرابعة: أشركتك في طلاقهن، طلقت الأولى والثانية كل واحدة منهما تطليقة، وطلقت الثالثة ثنتين، وطلقت الرابعة ثلاثاً.

٥٨٠٦ - امرأة ارتدت وبانت من زوجها، فقال الزوج لامرأة أخرى له: قد أشركتك في بينونة هذه، فهي بائن أيضاً. رجل قال لامرأته: إن قربتك فأنت طالق ثنتين، وتركها أربعة أشهر، ثم قال: قربتها، قال: هي طالق ثلاث تطليقات عند محمد رحمه الله تعالى. امرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً، فقال الزوج: أنت طالق، طلقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثاً، ولو قال: طلقتك، أو قال: فعلت، فهي طالق ثلاثاً. امرأة قالت لزوجها: أنا طالق؟ فقال: نعم، فهي طالق، ولو قالت: طلقني، فقال: نعم، لا تطلق وإن نوى الطلاق.

٥٨٠٧ - رجل قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت: اختلعت منك، أو قال لها: اختاري، فقالت: اختلعت منك فهي طالق، قال لها: أمرك بيدك، فقالت: قبلت نفسي فهي طالق. خالع امرأته بجميع مالها، وقبلت ذلك جاز الخلع، وله المهر الذي تزوجها به، فإن كان دفع إليها المهر أخذه منها وإن لم يدفعه برئ منه، ورجع عليها بمثله دخل بها أو لم يدخل.

٥٨٠٨ - رجل قال لامرأته: أنت طالق إن جاء فلان وإن جاء فلان، أو قال: إذا جاء فلان، وإذا جاء فلان، أو قال: متى جاء فلان، ومتى جاء فلان، طلقت بوجود أحد الفعلين، ولو قدم [الفعلين](٣) بأن قال: إن جاء فلان وإن جاء فلان، إذا جاء فلان وإذا جاء فلان، متى جاء فلان ومتى جاء فلان فأنت طالق، لا يقع الطلاق إلا بوجود الفعلين؛ لأن في المسألة الأولى الكلام تام بذكر أحد الفعلين، وفي الفصل الثاني الكلام لا يتم إلا بذكر الفعلين، ولو جعل الجزاء بين الفعلين بأن قال: إن جاء فلان فأنت طالق، وإن جاء فلان

(١) أثبت من ب، ز، ف.

(٢) سورة الأنبياء: ٦٩.

(٣) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل [illegible].

فأيهما جاء أول مرة طلقت واحدة. وإن جاء الآخر لا تطلق إلا أن ينوي تطليقتين فيكون على ما نوى.

٥٨٠٩ - رجل قال لامرأته: أمرك بيدك، وطلقي نفسك غداً، فلها أن تطلق نفسها في الحال، وقوله: وطلقي نفسك غداً، مشورة.

٥٨١٠ - وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن ادعى دابة في يدي رجل أنها له، والذي في يديه ينكر دعوى المدعي، فحلف المدعي بطلاق امرأته ثلاثاً أن الدابة لي ولم يكن له بينة، والمدعي يقول: أعلم يقيناً أن الدابة لي. هل يسع لامرأته أن تقيم معه؟ قال: نعم، والأحوط أن يحلفه، فإن حلف أقامت معه، وإن نكل رافعته إلى الحاكم، فإن أبى أن يحلف فرق بينهما.

٥٨١١ - وسئل أبو نصر بن سلام رحمه الله تعالى عن رجل قال لامرأته: إن حملت[1] من هذه الدار إلى تلك الدار شيئاً، فأنت طالق، ثم إن هذا الرجل أمر جاريته أن تعطي كل ما طلبوا من شيء من تلك الدار، فجاء إنسان من تلك الدار وطلب شيئاً، وأعطت الأمة ما طلب منها، فلم يرض الطالب بذلك[2]، فقالت امرأة ذلك الرجل للجارية: اذهبي واحملي من الشيء الآخر، فرجعت وجاءت بالأجود، وذهبت بذلك إلى تلك الدار، فقال: إن قامت دلالة ظاهرة على أنها أطاعت في ذلك مولاتها، خفت عليه الحنث، وإن قامت دلالة على أنها لم تعتمد على قول مولاتها، وإنما اعتمدت على أمر مولاها رجوت أن لا يكون حانثاً. وإن فقدت الدلالة سئلت الجارية، فأي شيء عبرت عن نفسها من طاعتها ومعصيتها، رجوت أن يسع الاعتماد على ما عبرت.

٥٨١٢ - وسئل هو أيضاً عن رجل قال لامرأته: إن دفعت من حنطتي أو من شعيري وبعثت إلى القاضي[3]، فأنت طالق ثلاثاً، وكان بهذا الرجل في المنزل برذون، وكان بين يديه شعير بفضل من أكله مقدار كف على وجه الحثالة في صحافه، فعمدت المرأة ودفعت الصحافة مع بقية الشعير، وملأت الصحافة من شعير آخر هو لغير الزوج، وبعثت بالصحافة إلى القاضي، قال: ينظر إلى دق الشعير، وإلى حال الرجل، فإن كان لا يبالي بذلك المقدار، ولا يعده من شعير نفسه أرجو أن لا يحنث، وإن كان يبالي بذلك المقدار ويضنها [ويشح بقلته

---

(١) هكذا في الأصل و ظ، وكان في ب و ف: وجهت.

(٢) وفي ب و ف: بذلك الشيء.

(٣) وكان في جميع النسخ: القاضي، ولكن الصحيح القاضي.

٥٨١٩ - وفي آخر حدود " المنتقى " عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شربت نبيذاً ، أو قال : خمراً حتى سكرت ، فشهد عليه شاهدان أنهما وجداه سكران ، ووجد منه رائحة الخمر ، وجاءوا به إلى الحاكم على تلك الحالة ، فإن الحاكم يحده ويفرق بينه وبين امرأته ، ولا يحمل هذا على أنه أوجر[1] ، وإنما يحمل على أنه شربه . قال ثمة : ألا ترى أنه إذا وجد الرجل سكران ، أو وجد منه ريح الخمر أو الشراب ، إنه يحد ولا يحمل[2] على أنه أكره عليه .

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى : يحتمل أن يكون هذا قول محمد رحمه الله تعالى ، فقد ذكر في " الأصل " : أنه لا يحد بالريح ولا بالسكر ، وفي هذا الموضع أيضاً قال محمد رحمه الله تعالى : إذا قال : امرأتي طالق إن شربت نبيذاً حتى سكرت ، فشهد عليه شاهدان أنه سكر ، وقالا : لم نجد منه رائحة الشرب ، ولا ندري من أي شيء سكر ، فأمضى القاضي عليه الحكم بالطلاق ، ثم رفع إليّ لم أمض قضاءه .

٥٨٢٠ - سئل محمد بن سلمة رحمه الله تعالى عن رجل حلف بطلاق امرأته إن غسلت ثيابه ، فغسلت لفافته ؟ قال : لا تطلق إلا أن ينوي ذلك ، ولو أوصى لرجل بثيابه ، دخل اللفافة في وصيته . وسئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته : إذا غسلت ثيابي ، فأنت طالق ، فغسلت كمه أو ذيله ؟ قال : إن كانت تغسل قدراً[3] لا تسمي غاسلة الثياب في إرسال الكلام ، لم يلزمه الحنث . قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : روي عن محمد بن سلمة : أنه لا يقع الطلاق بغسل هذا القدر [ولم يشترط][4] بهذا الشرط وبه نأخذ .

٥٨٢١ - حلف بالطلاق أن لا يأكل من مال ختنه شيئاً ، فجعل خميرة الختن في دقيق الحالف ، وخبزه فأكل ، قال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى : لا يلزمه الطلاق ؛ لأن الخميرة قد ذهبت .

٥٨٢٢ - سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته : إن فارقتك ، فكل امرأة أضع رأسي مع رأسها ، فهي طالق ، أو قال : كل جارية أضع رأسي مع رأسها ، أو قال : كل جارية

(١) من الأجور : أي ألقى الخمر في فمه كالدواء وهو كاره . وفي " ب " و " ف " : وإنما هذا على أنه شربه قال : ثمة .

(٢) وفي " ب " و " ف " : ولا يوضع .

(٣) وفي " ب " و " ف " : تغسل ذلك القدر لا تسمى . . . إلخ .

(٤) هكذا في جميع النسخ التي توجد عندنا ، وكان في الأصل : ولم يسقط

أطأها فهي حرة ففرقها، ثم تزوج امرأة فوضع رأسه مع رأسها، أو اشترى جارية فوطئها، لا يلزمه الحنث؛ لأنه حلف فيما لا يملك، وما أضاف الحلف إلى الملك، حتى لو كانت في نكاحه امرأة أخرى وقت الحلف، أو كانت في ملكه جارية وقت الحلف، فوطئ تلك الجارية، أو وضع رأسه مع رأسها[1] يلزمه الحنث.

٥٨٢٣ - وسئل أبو نصر رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: إن لم تقومي الساعة وتجيء إلى دار والدتي، فأنت طالق، فلبست الثياب فخرجت من الدار، ثم رجعت وجلست، ثم ذهبت إلى دار والدته، قال: لا تطلق ما دامت في تهيؤ الذهاب ورجوعها وجلوسها؛ لأنها ما دامت في تهيؤ الذهاب لا يكون تركاً للفور، وكذلك لو أخذها البول وبالت قبل لبس الثياب، ثم لبست الثياب لا تطلق. قال: ألا ترى أن رجلاً لو قال لامرأته: إن لم تجيء هذه الساعة إلى الفراش فأنت طالق، وهما في تشاجر فذلك الأمر حتى طال عليها، أنها لا تطلق ولا ينقطع الفور. قيل له: أرأيت إن حضرت ذهاب وقت الصلاة فصلت، قال: الصلاة عمل آخر، فهي قطع الفور.

٥٨٢٤ - روى ابن زياد في رجل قال لامرأته: أنت طالق إن أكلت، إن شربت، فإن أكلت أو شربت طلقت واحدة. ولو قال: إن أكلت، وإن شربت، فأنت طالق، لا تطلق ما لم تأكل وتشرب، وقد ذكرنا مثل هذا في قوله: إن جئت وإذا جئت.

٥٨٢٥ - سكران تشاجر مع غيره، فقال له ذلك الغير: تفرق هذا من السكر[2]، فقال: أنا لست بسكران، ولا أقول: هذا من السكر، وحلف على ذلك بطلاق امرأته، قال أبو القاسم رحمه الله تعالى: يمينه على ما يسميه الناس سكراً[3]، إذا تغير كلامه ومعاملته، فهذا على ما يسميه الناس سكراً[4]، فتطلق امرأته.

٥٨٢٦ - سئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عن رجل حلف بطلاق امرأته إن لم يجامع فلانة ألف مرة؟ قال: يمينه على كثرة العدد، لا على كمال الألف، ولا يقدر فيه تقدير، والسبعون كثير، قال الله تعالى: ﴿إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَن يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ﴾[5]. إذا قال

(١) وفي ب، ر، ف: أو وضع رأسه مع رأس تلك المرأة.

(٢) وزاد في الأصل: من السكران.

(٣) وفي ب: سكران.

(٤) وفي ب: سكران.

(٥) سورة التوبة: ٨٠.

لا تطلق ما دامت حية

٥٨٣٨ - وسئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عن رجل قال لامرأته: جعلت أمر ثلاث تطليقات بيدك إن أبرأتني من المهر، فطلقت نفسها في المجلس؟ إن طلقت بعد ما أبرأته من المهر يقع الطلاق وإلا فلا؛ لأن التوكيل على شرط أن تبرئه عن المهر

٥٨٣٩ - وسئل أبو بكر رحمه الله تعالى عمن قال: حلال الله عليّ حرام إن فعلت كذا، ففعل ذلك الفعل وليست له امرأة يومئذ، فتزوج امرأة؟ يلزمه كفارة اليمين، ولا تطلق المرأة التي تزوجها، ولو كانت له امرأة وقت اليمين طلقت. وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول: إذا تزوج امرأة يقع الطلاق عليها، ويجعل ذلك بمنزلة قوله: كل امرأة أتزوجها. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وأنا أقول بقول أبي بكر رحمه الله تعالى.

قيل: جواب أبي جعفر رحمه الله تعالى لا يستقيم؛ وإنما جعل قوله: حلال الله عليّ حرام بمنزلة قوله: كل امرأة أتزوجها على ما هو موضوع المسألة [في الكتاب، فإن موضوع المسألة][1] أن الحالف ذكر الفعل آخرا في اليمين، فتزوج امرأة بعد ما باشر ذلك الفعل، وفي هذه الصورة لا يقع الطلاق على التزوج [بعد مباشرة الفعل، وإنما يقع على التزوج][2] قبل مباشرة الفعل، وإنما يستقيم هذا الجواب فيما إذا ذكر الفعل أولا بأن قال: إن فعلت كذا، فحلال الله عليّ حرام

٥٨٤٠ - وسئل أبو بكر رحمه الله تعالى أيضا عمن قال لامرأته: هزار بار جنبه[3] بيك طلاق؟ قال: طلقت ثلاثا. وسئل هو أيضا عمن قال لامرأته: إن صعدت هذا السطح فأنت طالق، فرقيت مرقاتين أو ثلاثا؟ قال: يجب أن يكون في المسألة اختلاف بين نصير ومحمد بن سلمة رحمهما الله تعالى، بناء على أن من قال لامرأته: إن ذهبت إلى قرية كذا فأنت طالق ثلاثا، وخرجت إليها، قال أحدهما: يحنث بنفس الخروج، وقال الآخر: لا يحنث بنفس الخروج ما لم تنته إليها، وههنا يجب أن يكون كذلك

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وعندي أنه لا يقع الحنث ههنا بالاتفاق؛ لأنه لا يقال: صعد السطح ما لم يرتفع، ويقال: ذهب إلى موضع كذا، وإن لم تنته إليه.

٥٨٤١ - وسئل هو أيضا عمن قال لامرأته: إن ارتقيت هذا السلم أو وضعت رجلك

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ف.

(٣) في ظ: هشت

٥٨٤٧ - إذا قال لامرأته: إن لم تصومي غداً، فأنت طالق، فأصبحت من الغد صائمة، فلما مضى ساعة حاضت ومضى اليوم، طلقت هكذا ذكر في الفتاوى. قال الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى: هذا الجواب مستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، غير مستقيم على قول محمد رحمه الله تعالى، بناء على مسألة عقد يمينه على شرب الماء الذي في الكوز وفيه ماء، فانتقضت قبل مضي اليوم، والصحيح أنها تطلق عند الكل، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في أيمان الجامع.

٥٨٤٨ - وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن قال: اگر مرا هرگز جز از فلانه زن باشد وسماها از من بسه بار طلاق، ثم أراد أن يتزوج امرأة غيرها، فقال: ينبغي أن يبدأ بتزويج امرأة سوى التي يريد نكاحها ويدخل بها، فتطلق ثلاثاً، ويلزمه نصف مهرها، ثم يتزوج التي يريد نكاحها بعد ذلك، فلا تطلق إن لم يكن للحالف نية كل امرأة يتزوجها، وهذه المسألة تشير إلى اليمين بهذه الصفة ينعقد على امرأة واحدة.

٥٨٤٩ - سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عن رجل اتهم امرأته برفع شيء من الدراهم، فأنكرت، فقال الزوج: تو از من بسه طلاق هستی اگر نبرداشتی، ثم ظهر أنها لم ترفع، قال: طلقت ثلاثاً وهذا ظاهر؛ لأن الزوج علق طلاقها بعدم رفعها، وكذلك إذ قالت: تو از من بسه طلاق هستی که برداشتی، ثم ظهر أنها لم ترفع، قال: طلقت ثلاثاً؛ لأن الزوج أخبر عن رفعها، وأكد ذلك باليمين، وكان شرط وقوع الطلاق عليها عدم الرفع.

٥٨٥٠ - وهو نظير ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "النوادر": إذا قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار، ولم تكن دخلت طلقت؛ لأنه أخبر عن الدخول، وأكده باليمين، وكان شرط الحنث عدم الدخول.

٥٨٥١ - سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: طلاق ترا دادم خريدی، فقالت: خريدم خويشتن را سه بار هشتم از تو می، فقال لها الزوج: راستی، فقال: إن أراد بقوله: راستی الإجازة وقع الثلاث، وإن لم يرد به الإجازة لم يقع إلا واحدة رجعية.

٥٨٥٢ - سئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عن سكران ذهب إلى دار صهره، فقال: إني حلفت بطلاق امرأتي أن ألتقي بها الليلة، فأبوا ذلك عليه، فلما أصبح، قال: إني أردت بذلك تخويفهم، ولم أكن حلفت بالطلاق؟ قال: طلقت امرأته.

٥٨٥٣ - وسئل هو أيضاً عمن قال لامرأته: إن تكوني امرأتي غير غد، فأنت طالق ثلاثاً؟ قال: إن طلقها واحدة بائنة في يومه ذلك، أو في الغد، ثم مضى الغد، سقطت اليمين،

وله أن يتزوجها بعد ذلك في العدة، وبعد مضي العدة ولا تطلق.

٥٨٥٤ - سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: اكرتو با كسى حرام كنى، فأنت طالق ثلاثاً، ثم إنَّ الزوج طلقها واحدة بائنة، وجامعها في عدتها، هل تطلق ثلاثاً؟ قال: لا، ويمينه على غيره.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: عندي أنَّ المسألة يجب أن تكون على الخلاف، على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: تطلق ويقع يمينه عليه وعلى غيره، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا تطلق. أصل المسألة: إذا قالت لزوجها: إنك تزوجت عليَّ امرأة، فقال الزوج: كل امرأة لي، فهي طالق.

٥٨٥٥ - سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: إن أعطيتك دراهم لتشتري بها شيئاً، فأنت طالق، فدفع إليها دراهم وأمرها أن تعطي فلانة لتشتري بها شيئاً، ثم تذكر يمينه واسترد الدراهم منها، هل تطلق امرأته؟ قال: إن كانت امرأته هي التي تشتري الأشياء بنفسها لا تطلق، وإن كانت لا تتولى شراءها بنفسها يخاف أن يقع عليها الطلاق. قال صاحب مجموع النوازل: سألت نجم الدين رحمه الله تعالى عن معنى هذا الجواب، قال: لأنها إذا كانت تشتري بنفسها وقعت يمينه على حقيقة فعلها، فما لم تشتري لا يحنث، وهذا الجواب مستقيم فيما إذا دفع إليها الدراهم، ولم يأمرها أن تدفع إلى فلانة لتشتري بها. وأما إذا أمرها أن تدفع إلى فلانة؛ لتشتري بها فلانة، ينبغي أن لا تطلق امرأته على كل حال.

٥٨٥٦ - إذا قال الرجل: إن فعلت كذا فكل امرأة لي طالق، وليس له إلا امرأة، وكان من نيته كل امرأة يتزوجها بعد هذا، هل يصح نيته؟ قال: كان شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى يقول: يصح نيته، ويصير تقدير المسألة: كل امرأة تكون لي، وهذا من باب نية الإضمار وإنها صحيحة. وكان نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى يفتي بأنه لا تصح نيته.

٥٨٥٧ - ولو قال: إن فعلت كذا هرچه بدست راست گيرم برمن حرام، وليس له امرأة وقت الحلف، ولم ينو امرأة يتزوجها، كان شمس الأئمة[1] الأوزجندي رحمه الله تعالى يقول: يكون يميناً وعليه الكفارة، وبه كان يفتي شيخ الإسلام أبو الحسن. وقد مرّ نظير هذا في قوله: حلال الله عليّ حرام. وكان نجم الدين النسفي يفتي بأنه لا تبين عليه. ولو نوى امرأة تزوجها تصح نيته بلا خلاف.

قال نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى: وإنما صحت نيته كل امرأة يتزوجها في هذه

---

(١) وفي "ب" و"ف": شمس الإسلام.

هل تطلق امرأته؟ قيل: إن كان الناس يعدونه عيداً، فإنه تطلق، وإلا فلا.

٥٨٧٠ - سئل شيخ الإسلام أبو الحسن رحمه الله تعالى عمن له امرأتان، فطلبت إحداهما من الزوج أن يطلق صاحبتها، وضيقت الأمر عليه وهو لا يتخلص عنه، وليس من رأيه أن يفارق صاحبتها، فما الوجه في ذلك؟ قال: أن يزوج امرأة أخرى باسم صاحبتها، ثم يقول: طلقت امرأتي فلانة، وينوي التي تزوجها الآن. ووجه آخر: أن يكتب اسم تلك المرأة واسم أبيها على كفه اليسرى، ويشير بيده اليمنى إلى المكتوب ويقول: طلقت فلانة بنت فلان، فتوهمت الطالبة أنه طلق التي تطلب منه طلاقها.

قال: وسمعت نحو هذا من القاضي الإمام أبي الحسن الزبيدي رحمه الله تعالى أنه فعل مثل ذلك في تحليف الخوافات إياه، ومشايخ عصره رحمهم الله تعالى لا يخالفونه ولا يخرجون عليه، فكتب على كفه اليسرى اسم الخاقان، وكان يقول عند التحليف: لا أخالف هذا الخاقان، ولا أخرج عليه، وكان يشير بيمينه إلى يساره.

٥٨٧١ - سكران قال: إن كان لي ولد سوى عمر، فامرأتي طالق، وله ولد يسمى عمر وامرأته حامل بولد آخر، قال: إن كان حين تكلم بهذا الكلام الولد لم يولد لا تطلق امرأته، وإلا طلقت؛ لأن الولد في البطن ولد في حق جميع الأحكام، وإنما يعرف كون الولد في البطن يوم الحلف إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر.

٥٨٧٢ - سئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: إن بقيت في هذه البلدة أكثر من ثاني عيد يوم فيوم مرة طلاق، وليس بعد العيد بعشرة أيام، هل تطلق امرأته؟ قال: لا؛ لأن يوم العيد قد انقطع، فقيل له: فإلى أي وقت يعد أيام العيد؟ قال: إلى سبعة أيام، عادة ثلاثة أيام لنزهة العامة، وبعد ذلك إلى تمام الأسبوع إلى الأقارب يجتمعون في هذه الأيام، ويسمون ذلك مبارك باد عيد، وأهل السوق لا يفتحون الأبواب للصناعة والتجارة، وكذلك أهل المدارس لا يجتمعون في هذه الأيام للتدريس، ويسمون ذلك فارغ عيد.

٥٨٧٣ - رجل اتهم بفعل قد فعله، فأرادوا أن يحلفوه بثلاث تطليقات امرأته، وهو يريد أن يحلف ولا تطلق امرأته، ما الحيلة في ذلك؟ فقيل: الحيلة أن يطلق امرأته تطليقة بائنة، ثم يقول: كل امرأة لي، فهي طالق ثلاثاً إن فعلت كذا، ولا ينوي امرأته المطلقة فلا تطلق هي.

ووجه آخر: أنه إن كانت له أم يجيء إليها ويقعد في فنائها قبل أن يذهب للحلف، ثم تذهب، ويقول: منذ فارقت من بطن أمي إن فعلت هذا الفعل، ولو كنت فعلت هذا الفعل، فامرأته طالق ثلاثاً، ينوي بذلك المفارقة بالحال دون الولادة. وإن لم يكن له أم يفارق امرأته التي له

منها ولد ، أو لها ولد من غيره فهي أم امرأته الولد لا محالة ، ثم يجامع ويقول: عندي فرثت
علي لأني ما فعلت هذا الفعل

٥٨٧٤ - رجل قال: إن فعلت كذا فعلي صوم سنة ، ونيته طلاق امرأته ، ففعل ذلك الفعل ، لا تطلق امرأته ؛ لأن صوم السنة لا يكون فيه الطلاق ، أو لأن الرجل لم يضف الطلاق إلى امرأته.

٥٨٧٥ - رجل قال لامرأته: إن لم تهبي صداقك مني اليوم ، فأنت طالق ثلاثاً ، فاستأذنت أباها في ذلك ، فقال الأب: إن وهبت صداقك فأمك طالق ثلاثاً ، فالحيلة في ذلك أن تشتري من زوجها ثوباً ملفوفاً في شيء بمهرها ، ويقبض ذلك الشيء من الزوج ، فإذا مضى اليوم ، فقد مضى وقت اليمين ، ولا مهر لها في ذمة الزوج ، فيسقط اليمين ، ولا يحنث الزوج بترك الهبة ، ثم يكشف عن الثوب المشترى فيرده بخيار الشرط ، فيعود المهر على الزوج ، ولا تطلق أمها أيضاً ؛ لأنه ما وهبت المهر إنما اشترت به.

٥٨٧٦ - قال لامرأته: اگر تو امشب اندر كلبه بيرون آيي ترا طلاق ، ومراده آن بود كه چون بيرون شوي نو نشانه كنم وعيب بر تو نهم وبحق تو حقها كنم ، اگر اين جملها بكند قال: طلاق بيفتد.

٥٨٧٧ - قال لامرأته: إن لم أتزوج عليك وآتيك بها حتى تنظري إليها ، فأنت طالق ، فأتى بها فلم تنظر إليها ، قال: لا تطلق ؛ لأن النظر ليس بغاية ، وكذلك إذا قال لها: إن لم آتك غداً بثوب لتلبسه فأنت طالق ، فأتاها غداً فلم تلبسه لا تطلق ؛ لأن اللبس ليس بغاية.

٥٨٧٨ - رجل قال لامرأته: إن لم تغزلي كل جمعة قطناً بدرهم ، فأنت طالق ، فاشترى قطناً بدرهم فغزلته ، ثم رخص القطن حتى يؤخذ بدرهم أضعاف ذلك ، أو غلا حتى يؤخذ بدرهم نصف ذلك أو ثلث ذلك. قال محمد رحمه الله تعالى: هو على غزل قدر ذلك القطن ، معناه: أن يمينه على غزل قدر قطن يرخص بدرهم يوم الحلف ، ولا ينظر إلى الغلاء والرخص بعد ذلك ، فإن أعطاها قطناً وهب له أو ورثه ، فهو على ما يساوي درهماً وقت اليمين.

٥٨٧٩ - قال لغريمه: اگر من شبانگاه سيم تو راست نه كنم زن او را طلاق ، لا تطلق امرأته قبل غيبوبة الشفق ، قال: ألا ترى أن الرجل يقول لغيره في العادة: شبانگاه نزد ما باش تا با هم شام خوريم ، فربما يكون عشاؤهم عند غيبوبة الشفق ، هكذا ذكر في "مجموع النوازل".
وفي القدوري: السنة ساعتان أحدهما إذا زالت الشمس ، والأخرى إذا غربت الشمس

ابن سلمة رحمهما الله تعالى في كل يمين يلحق فيها شرط آخر بعد الفراغ من اليمين والسكوت، قال نصير: إن كان الشرط على الحالف يلحق باليمين، وإن كان الشرط له لا يلحق. وقال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى: لا يلحق باليمين في الحالين، قال: وبقول محمد بن سلمة أخذ أبو نصر بن سلام، وبه نأخذ، وسيأتي هذه المسألة مع زوائد في كتاب الأيمان -إن شاء الله تعالى-.

٥٨٨٦ - سئل أبو بكر رحمه الله تعالى عن جماعة كانوا على سطح، فأراد أحدهم أن يذهب فمنعوه، فقال: إن بت الليلة هاهنا فامرأته طالق، وقال: أردت به الاسطوانة في موضع قاعدي، ونام على غير ذلك الموضع من السطح؟ قال: طلقت امرأته قضاء لا ديانة.

٥٨٨٧ - وسئل نصير[١] عمن قال لامرأته: إن شكوت مني إلى أخيك، فأنت طالق، فجاء أخوها وعندها صبي لا يعقل، فقالت المرأة: إن زوجي فعل بي كذا وكذا، وخاطبت الصبي بذلك حتى يسمع أخوها، قال: لا تطلق، قيل له: فإن كان قال لها: إن شكوت بين يدي أخيك، قال: هذا أشد.

٥٨٨٨ - وسئل شيخ الإسلام أبو الحسن رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: اكر جيزي ازمال من بي دستوري دهي، فأنت طالق ثلاثًا؛ فأمرت المرأة امرأة حتى غزلتها[٢]، وجعلت أجرتها ثوبًا خلقًا كان ملكًا لها، فقبضت الثوب الخلق، ثم باعت هذا الثوب من المرأة[٣] يعني من دقيق الحالف، ودفعت الدقيق إليها ثمنًا للثوب، قال: تطلق امرأته ثلاثًا؛ لأن غرض الزوج أن لا يعطي شيئًا من ماله، وقد أعطت. وقد قيل: ينبغي أن لا تطلق؛ لأن اللفظ في باب اليمين مرعي عند الإمكان، والإمكان ثابت هنا.

٥٨٨٩ - وسئل هو أيضًا عمن قال لغيره: اگر من يك درهم تو بكار برم زنم از من بطلاق؟ فدفع ذلك الغير إلى الحالف درهمًا، فأمره أن يشتري به الأخباز ليتصدق بها على المساكين، فاشترى، هل تطلق امرأته؟ قال: نعم؛ لأنه وجد الشرط وهو بكار بردن واليمين مطلقة، فيعمل بإطلاقها. وقيل: يجب[٤] أن لا تطلق؛ لأنه إنما يراد بمثل هذا في المتعارف بكار بردن بحوائج خويشتن، وهو الأشبه والأظهر.

(١) وفي م و ظ: أبو نصر.

(٢) هكذا في ف و م، وكان في الأصل و ظ: حتى غزلت بها.

(٣) وفي ف: من الأجرة.

(٤) وفي ف: ينبغي.

٥٨٩٠- وسئل هو أيضًا عن رجل يفسر الناس في الجنايات والسعايات وغير ذلك من وجوه المضرات، وأخذ فحلف اگر كسى را از ده درهم زيادت زيان كنم، ومرأته طالق ثلاثًا، زن خويشتن را از ده درهم زيادة زيان كرد، لا تطلق امرأته، هكذا أجاب، والصحيح أنها تطلق، وقد ذكرنا جنس هذه المسائل فيما تقدم.

٥٨٩١- [سئل نجم الدين عمن قال لآخر في خلال سكره: حلال خداى بر من حرام، اگر با تو يک روز مانم، وچند روز در تكسر آن گذاشت ونتوانست بيرون آوردن، قال: چون ... ...(١) سوگند يک روز ماند زن بروى حرام شود](٢).

٥٨٩٢- وسئل هو أيضًا عمن حلف بطلاق امرأته، أنه يعطيها كل يوم درهمًا، فربما دفع إليها عند المغرب، وربما دفع إليها عند العشاء، قال: إذا لم يخل يومًا وليلة عن دفع درهم لا يحنث، بدلالة ذكر اليوم على سبيل العموم واسم اليوم على سبيل العموم يستتبع ما بإزائها من الليالي، فصار من حيث التقدير كأنه قال: أعطيك كل يوم وليلة درهمًا، وفيه نظر(٣).

٥٨٩٣- وسئل هو أيضًا عمن قالت له امرأته: مرا ترك داشتن، تا تو هست مرا طلاق ده، فقال الزوج: چون رفتي طلاق داده شده، وقال: لم أنو الطلاق، هل يصدق؟ قال: نعم، ووافقه في هذا الجواب بعض الأئمة رحمهم الله تعالى. وسئل هو أيضًا عمن قال: اگر من از حد بخشب بيرون روم زن از من بسه طلاق، قال: هذا على أن يجاوز قراه، ولو قال: اگر از شهر نخشب بيرون روم، فهذا على أن يجاوز عمران نخشب.

٥٨٩٤- وسئل هو أيضًا عمن قال(٤) بالفارسية: اگر من سر بر بالين تو نهم تو از من بسه طلاقي، ثم إن الحالف نام على فراشه، وجاءت امرأته فوضعت رأسها على وسادته، قال: إن كان الزوج عنى بهذه المقالة الجماع فهو إيلاء، فإن قربها في الأربعة الأشهر طلقت ثلاثًا، وإن لم يقربها حتى مضت الأربعة الأشهر طلقت واحدة بائنة بالإيلاء، وإن لم ينو فاليمين على أن يضع رأسه على وسادتها، سواء كان معها أو وحده، وإن وضع رأسه لا على وسادتها لا يحنث، سواء كان معها أو وحده.

٥٨٩٥- وسئل هو أيضًا عمن تزوج امرأة وحلف قبل أن يدخلها إلى بيته: اگر او را

(١) هنا لفظ لا يمكن أن يقرأ.

(٢) هكذا في ... .

(٣) أثبت من ... .

(٤) في ... حلف.

بخانه آرم، فهي طالق. فحملها غيره إلى بيته بغير أمره ورضاه؟ قال: إن نوى حملها بنفسه لا تطلق، وإن نوى الإمساك في بيته، فإذا حملها في بيته ولم يخرجها، ولم يمسكها تطلق.

٥٨٩٦- وسئل أيضاً عمن قال لامرأته: اگر بی دستور من از شهر بيرون بروم تو از من بسه طلاق. ثم استأذنها، فقالت: دستوري دادمت تا ده روز، أو قالت: دستوري دادمت ده روز زيادت نباشد، فذهب ولم يجئ أكثر من عشرة أيام، قال: لا تطلق امرأته، وهذا ظاهر؛ لأن اليمين انعقدت على الذهاب بغير إذن، والذهاب قد كان بإذن إلا أن المكث هناك أكثر من عشرة أيام لم يكن بإذن، ولكن اليمين ما انعقدت عليه.

٥٨٩٧- وعنه أيضاً: إذا قال لامرأته: ادعي إلى ثوبك، فقالت: طلقني حتى أذهب، فقال: رو تو تا مرا طلاق دادم فرستم ده، قال: لا تطلق بهذا المقدار؛ لأن هذا وعد الفعل، وليس بفعل. وعنه أيضاً: إذا قالت امرأة لزوجها، أو قال لرجل: حلال خداي بر تو حرام، فقال: آري، حرمت عليه امرأته بتطليقة؛ لأن آري يتضمن إعادة كلام السائل، فكأنه قال: حلال خداي بر من حرام، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم.

٥٨٩٨- وعنه أيضاً: إذا قال الرجل: اگر به اين خانه اندر آيد مگر كسي كه من او را دست گيرم واندر آرم، فامرأته طالق ثلاثاً، دست يكي گرفته اندر آورد يك بار بعد از آن ديگر آن كس بخود درآمد. فقال: زن وي طلاق نشود؛ لأنه عين شخصاً موصوفاً بصفة، وإذا صار مستثنى منه لم يدخل في اليمين قط. ولو كان قال: اگر به اين خانه اندر آيد مگر كه دست گيرم واندر آرم، دست يكي گرفت واندر آورد يك بار اگر بار ديگر همين مرد اندر آيد بخود وي، زن بر وي طلاق شود؛ لأنه في هذه الصورة لم يستثن شخصاً، بل استثنى دخولاً موصوفاً بصفة.

٥٨٩٩- وعنه أيضاً: فيمن حلف بطلاق امرأته: لا يدخل بيت فلان. وفلان مستأجر بيتاً في خان، فدخل الخان ولم يدخل البيت الذي فيه فلان، أو دخل بيت جاره يسكنه بالإجارة، لا تطلق امرأته. ولو جلس على دكان متصلة على باب بيت استأجره فلان مع البيت، فإن كان الدكان تبعاً للبيت ينتفع به مستأجر البيت تطلق امرأته، هكذا حكي عنه. وهذا مشكل، ألا ترى أن من حلف لا يدخل دار فلان، فقام على أسكفة الباب، فإن كان الباب بحال لو أغلق كانت الأسكفة خارج الباب لا يحنث، وإن كان داخل الباب يحنث، ولا شك أن تبعية الأسكفة [فوق تبعية الدكان] المتخذ على باب الدار، ثم لا يقع الحنث بالقيام على

لفظة أكر من إمسال اين زمين ابن دهقان بكديوري(١) دادم، بزار من سه طلاق، فباع ابن الدهقان هذه الأرض من رجل، ثم إن الأكار أخذ الأرض من المشتري بكديوري لا تطلق امرأته على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، بناء على أن من جمع بين النسبة والإشارة في عين مملوكة للغير في اليمين، يعتبر قيام النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه للحنث، ولم توجد النسبة هنا وقت وجود الفعل المحلوف عليه. ولو قال وقت الحلف: كر إمسال اين زمين را بكديوري دادم، ولم يقل: زمين ابن دهقان را، وباقي المسألة بحالها تطلق امرأته. ثم إذا أخذ مزارعة من المشتري، فرفعت امرأة الأكار إلى القاضي وقالت: إن هذا الرجل حلف بطلاقي كه إمسال اين زمين را بكديوري نستدم ونداشتم، ومن بطلاق شدم، فأنكر الزوج الطلاق، وقال: من سوكند چنين خوردم كه إمسال اين زمين دهقان را بكديوري ندارم وزمين سوكند طلاق فرود مي آيد وزن مي كويد كه تو سوكند چنين خوردي كه من امسال اين زمين دهقان را بكديوري دارم وباين سوكند طلاق فرود مي آيد، فأقام كل واحد بينة على وفق دعواه، قال: يقضى بشهادة شهود المرأة، وهذا لأن شهود الزوج وإن يثبتوا زيادة لفظ وهو قوله: ابن دهقان إلا أنهم ينفون الحنث بنفي شرطه، وشهود المرأة يثبتون الحنث، والمقصود من الدعوى هو الحنث والخلاف عنه، فكان بينة المرأة أولى بالقبول من هذا الوجه.

٥٩٠٦ - وسئل هو أيضا عن امرأة كانت تخاف من زوجها أن يسافر، فقالت لزوجها: اكتب لي عند الصكاك خطا باليمين بطلاقي، أن لا تخرج مسافرا إلا بإذني، فقال: نعم، فذهب إلى الصكاك، فقال الزوج للصكاك: اكتب لها خط كه هر كاه من ازين شهر بسفر روم بي دستوري از من بيك طلاق، فكتبت امرأته: لا أرضى بالواحدة، وأرادت الحلف بالطلقات الثلاث، فلم يتفقا على مرادهما، وخرجا من عند الصكاك، ولم يكتب الصكاك شيئا، هل يثبت اليمين بطلاق واحد، حتى لو سافر بغير إذنها يقع الطلاق عليها؟ قال: نعم؛ لأن الأمر بالكتابة بخط اليمين لا يكون إلا بعد ثبوت اليمين وهو بمنزلة قوله: أخبر امرأتي أنها طالق، يثبت أنها طالق، بشرط أنها طالق، فإن هناك يقع الطلاق عليها وإن لم يخبرها، وطريقه أن الإخبار عن الطلاق لا يكون إلا بعد وجود الطلاق ووقوعه.

٥٩٠٧ - قال محمد رحمه الله تعالى: وكذلك فيما إذا قال للصكاك: اكتب لهذا حقه بإقراري بمائة درهم له، كان إقرارا بمائة درهم، وكذا إذا قال للصكاك: اكتب لهذا صكا ببيع دار كذا منه بألف درهم، كان إقرارا منه بالبيع. قيل له: فإن قال الزوج للصكاك: اكتب لها

(١) بكديوري: المزارعة.

اليمين، فما دونه يكون مستثنى أيضًا.

٤٩١٣ - وعنه أيضًا: فيمن حلف بطلاق امرأته: كه بدر زن اندر نيايد تا انگور نه بروند، فبعضى دروند از جهت وى او بازنى اندر آمد، قال: اگر اين دروندن بوقت معهود دروند نيست، وهو عند الخريف لتنقل إلى البيوت طلاق يعتد، فإن المتعارف فيما بين الناس من هذا الكلام ما قلنا، والأوهام تسارع إليه.

٤٩١٤ - وعنه أيضًا: فيمن أراد أن يتزوج امرأة فقيل له: إن لك زوجة فلم تتزوج أخرى؟ فقال: هر زنى كه مرا بود وباشد از من بطلاق، ثم تزوج بعده التي يريد أن يتزوجها، قال: تطلق هي، ولا تطلق التي كانت في نكاحه، وهذا لما بينا أن معنى قوله: هر زنى كه مرا بوده باشد وهر زنى كه يتزوجها.

٤٩١٥ - وعنه أيضًا: فيمن حلف، وقال بالفارسية: تا درين رزتك عورة انگور مانده است اگر من سوى ايدر آيم زن از من بسه طلاق، فانگور ببروند وبفروختند وبخانه بردند، ولكن لا يؤمن أن يبقى على القراضى حبات في عناقيدها، أو حبات واقعات على الأرض لا يمكن نقلها عن الكرم، قال: لا تطلق امرأته استحسانًا.

٤٩١٦ - وعنه أيضًا: فيمن لازم غريمه مطالبه بدينه، فوعده غدًا فقال الطالب: إني أخاف أن تخلف الوعد، فقال الغريم: لا أفعل، فقال له الطالب: احلف، فحلف الغريم: اگر فردا بيايم وزرانه بينم فامرأتي طالق ثلاثًا، فردا غريم آمد وطالب را از دور ديد، ما طالب وى را نديد بي جنبه، قال رحمه الله تعالى: وهكذا أجاب السيد الإمام الأجل الأشرف بن محمد، وفيه نظر.

٤٩١٧ - وعنه أيضًا: في امرأة آجرت دارها من رجل، فغضب الزوج، وقال: تا اين فلان درين خانه است، وقباله در دست او است، من باين خانه اندر بيايم، واگر اندر آيم زن از من بسه طلاق، ثم إن الآجر مع المستأجر تفاسخا العقد، فخرج المستأجر من الدار، ولكن تعذر عليه رد الكتاب لضياعه، أو ما أشبه ذلك، فدخل الحالف الدار لا تطلق امرأته؛ لأن المراد من قوله: وقباله در دست او است، قيام عقد القبالة لا قيام عين القبالة.

٤٩١٨ - وعنه أيضًا: إذا قالت المرأة لزوجها: مرا طلاق كن، قالت ذلك ثلاث مرات، فقال الزوج: كردم كردم كردم، طلقت ثلاثًا، وهكذا حكى فتوى السيد الإمام الأجل الأشرف، وقيل: تطلق واحدة، والأول أصح.

٤٩١٩ - وعنه أيضًا: فيمن رأى امرأته تكلم أجنبيًا فغاظه ذلك فقال: اگر تو بيش من

السكة طهر ظهرها إلى هذه السكة، وبابها في سكة أخرى، فدخل تلك الدار من السكة التي بابها فيها ثم خرج من ذلك الباب، لا يحنث. وهذا ظاهر؛ لأن باب الدار إذا لم يكن في السكة المحلوف عليها، لا يكون الدار من جملة السكة المحلوف عليها، فلا يصير داخلاً في هذه السكة. وإن كان لهذه الدار باب آخر في السكة المحلوف عليها، فدخل الدار من الباب في غير السكة المحلوف عليها يحنث؛ لأنه إذا كان الدار في السكة المحلوف عليها، يصير داخلاً في السكة المحلوف عليها بدخوله في تلك الدار. فإن سد الباب الذي في السكة المحلوف عليها، فلم يبق لها باب من تلك السكة، فدخلها من باب السكة لزمه الحنث؛ لأن طريقها عن هذه السكة لا يرتفع بسد هذا الباب، وله أن يفتح ذلك الباب متى شاء، فسد هذا الباب لا يخرج من أن يكون من هذه السكة. فإن لم يكن لهذه الدار باب في السكة المحلوف عليها في الأصل، ففتح لها باب إلى السكة المحلوف عليها، فدخلها من باب السكة الأخرى، ولم يخرج من الباب المحدث في السكة المحلوف عليها [لا تطلق؛ لأن بفتح الباب المحدث بالسكة المحلوف عليها][1] لا تصير الدار من السكة.

٥٩٣٠ - وعنه فيمن قال لامرأته: اگر پاي من بر بستر تو درود كنم ترا طلاق، فإن لم ينو الجماع لا يصير موليًا؛ لأن هذا اللفظ غير مستعمل في إرادة الجماع، وله حقيقة وهو جعل رجله في فراشها، فعند الإطلاق ينصرف إلى ما هو حقيقة. حتى لو جامعها من غير أن يدخل فراشها لا تطلق. وإن نوى القربان صدق في حق تعلق طلاقها بقربانها فيها، ولا يصدق في حق صرف الطلاق عن دخوله في فراشها من غير قربان. فقيل له: أيقع الطلاق بمجرد دخوله في فراشها وهي ليست في الفراش، أو بتقييد اليمين بدخوله في فراشها وهي في الفراش؟ قال: إن كان الحامل له على اليمين كراهة استعمال فراشها، تطلق بدخوله في فراشها [بدونها، فإن كان الحامل كراهة مضاجعتها، لا يحنث إلا بدخوله في فراشه][2] وهي فيها.

٥٩٣١ - وعنه أيضًا: فيمن حلف بطلاق امرأته: كه هر ماهي چهل درهم سيم بتو ميدهم، وقد أخذ مال إنسان قرضًا، والتزم لذلك كل شهر أربعين درهمًا في المستقبل على ما هو العادة، ولكن لم يعط لذلك شيئًا الآن هل تطلق؟ قال: نعم، وهذا ظاهر، فإن كان أعطى لشهر، وهو يطالب بذلك في المستقبل على العادة، بر في يمينه ولا بد من تقديم وظيفة شهر؛ لأن قوله: ميدهم صيغة حال.

---

(١) أثبت من "ب".

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، وف.

٥٩٣٢ - وعنه أيضاً: فيمن قال لامرأته: اگر روی بمردنا محرم نمائی تو را سه طلاق، وبعد اليمين يراها الناس، إلا أنها لا تقصد رؤية الناس إياها؟ قال: إن سكنت في المكان واطلع عليها الناس لا تطلق، وإن انكشفت حيث يراها الناس، لكن لم يكن من قصدها رؤية الناس إليها تطلق؛ لأنها أرت نفسها لما انكشفت حيث يراها الناس.

٥٩٣٣ - وعنه أيضاً في رجل قال له رجل آخر: فلان را نزديک تو زرهاست وديبهاست، فقال: اگر کسی را نزديک من زرهاست وديبهاست زن از من بسه طلاق، ولم يكن لفلان عنده شيء ولكن لرجل عنده ذهب وديباج، قال: تطلق امرأته. وهكذا أجاب، وهذا يجب أن يكون على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ينبغي أن لا تطلق.

٥٩٣٤ - أصل هذه المسألة المعروفة في الجامع. إذا قالت المرأة لزوجها: إنك تزوجت علي امرأة، فقال: كل امرأة لي طالق. وعنه أيضاً: فيمن امتحنه غيره بهذه اللفظة: زن از تو بسه طلاق كه فلان درخانه تو نيست، فقال: بخانه من اندر نيست. ولم يزد على هذا لا تطلق امرأته؛ لأنه لم يحلف.

٥٩٣٥ - وعنه أيضاً: فيمن قال لامرأته: إن ضربتك بغير جناية فأنت طالق ثلاثاً، فأتاها بخبز قد اشتراه، فقالت: نامي آوردى چون گوشت پاره سياه بگير وفلان خويش اندر فشار، فضربها بهذا، قال: لا تطلق امرأته، هكذا حكي فتوى الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى. وفي غير هذه الصورة لو جذبت المرأة بعضاً من فقد ضربها على المائدة الموضوعة بين يدي الزوج فسالت القصعة، فانصب بعض المرقة على رجل الزوج وهي حارة فآذته وضربها، قال: لا تطلق؛ لأن هذا جناية منها ألا ترى أن في هذه الصورة ولو انصب بعض المرقة على شيء وأفسده يجب الضمان، وسقوط الإثم إذا لم تكن قاصدة لا يوجب خروجه من أن يكون جناية.

٥٩٣٦ - وعنه أيضاً: فيمن قال لامرأته: إذا أكلت شيئاً من مالك فأنت طالق ثلاثاً، فجعلت شيئاً من ملحها في طعام، وأكله الزوج، قال: لا تطلق امرأته إلا أن يأكل عينه مع الخبز وكان الطعام مالحاً جداً، فيكون ظاهراً بطعمه فحينئذ تطلق. وسيأتي هذه المسألة في كتاب الأيمان، واختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى بخلاف ما ذكرنا هنا.

٥٩٣٧ - وعنه أيضاً في رجل له ابنان صغير وكبير، وقد عزم أن يتخذ وليمة لعرس الولد الأكبر وختان الولد الأصغر، ثم حلف بعبارتين وقال: اگر پسر كلان را امر كنم حلال خداى

بزمن صراع؟ ثم إنه اتخذ وليمة ختان الابن الأصغر، وحمل زوجة الأكبر إلى داره لهذه الوليمة، فلا تطلق امرأته، وفيه نظر.

٥٩٣٨ - وعنه أيضاً: فيمن قال لامرأته: اگر بخانه پدر تو شدم هر زنى كه بزنى كنم وى زن طلاق؟ فمضى دار أبيها، ثم إنها حرمت عليه بعد ذلك بزمان، ثم تزوجها، هل تطلق؟ قال: لا؛ لأنها صارت معرفة في هذا اليمين بقوله: خانه پدر تو، فلا تدخل تحت اسم النكرة وهو قوله: هر زنى. وهذا ليس بصحيح إلا على رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن الموجود هنا يمينان، فصيرورتها معرفة في شرط إحداهما لا يمنع دخولها تحت اسم النكرة في اليمين الأخرى، وقد ذكرنا هذه المسألة ورواية أبي يوسف رحمه الله تعالى مع أجناسها فيما تقدم.

٥٩٣٩ - وعنه أيضاً: فيمن قال لرجل: اگر من ترا امشب بخانه فلان نه برم، ومى نه دهم، زن از من سه طلاق؟ فذهب به إلى بيت فلان ولم يسقه الخمر، قال: تطلق امرأته؛ لأن الشرط أمر شيئان، وقد وجد أحدهما، ففات البر، ومن ضرورته وقوع الحنث، وإنما نظرنا إلى شرط البر؛ لأن اليمين عقدت على عزم الفعل في محلين، وفي مثل هذا ينظر إلى شرط البر.

٥٩٤٠ - وعنه أيضاً: فيمن حلف رجلاً رهنا بالكتابة بهذه اللفظة: زن از تو سه طلاق كه مخوري، تا ز كتابه كه باز من بكشائى بيايم وترا مى دهم، وحلف ذلك الرجل على هذا الوجه، ثم ذهب المستحلف إلى معرفه، وأوجه الحالف فسقاه[1] الخمر بسر فشرب، قال: لا تطلق[2] امرأته ثلاثاً؛ لأنه شرب الخمر، واليمين باقية؛ لأن شرط انتهاء اليمين شيئان: عود المستحلف إلى الكتابة، وسقيه الحالف الخمر، وهنا إن وجد سقي المستحلف إياه الخمر لم يوجد عود المستحلف إلى الكتابة؛ فهو معنى قوله: إنه شرب الخمر واليمين باقية[3].

٥٩٤١ - وعنه أيضاً فيمن قال لامرأته: إن غبت عنك ولم آتك أربعة أشهر، فأنت طالق ثلاثاً، فلما كان قبل تمام الأربعة أشهر بأيام، ذهبت المرأة إلى بيت أبيها، فتمت أربعة أشهر، ولم يأتها، إنها تطلق، وهو ظاهر، وليس هذا كمسألة الكوز؛ لأن ثمة بصب الماء يصير شرب ما فيه بحيث لا يتصور وجوده، وهنا يتصور رجوعها إلى موضعها، وبعد ذلك يتصور إتيانه إياها، فإن أبى أن تزوج مع المرأة جميعاً المكان الذي كان فيه الحالف قبل تمام أربعة أشهر، ثم

---

(١) هكذا في النسخ الخطية التي عندنا، وكذا في الأصل، والمغانه.

(٢) وفي ب، و، ت، ظ، م: تطلق امرأته.

(٣) وفي ب، ظ، م: واليمين باقية، فلهذا طلقت امرأته.

٥٩٤٨ - وعنه فيمن قال لامرأته: اگر به پنبه خريدن روى، فأنت طالق ثلاثاً، فذهبت مع امرأة أخرى إلى العطار واختارت هي شيئاً من ذلك، واشترت المرأة الأخرى، هل تطلق هي إذا لم تشتر بنفسها؟ قال: نعم؛ لأن اليمين انعقدت على ذهابها لشراء القطن، لا على شرائها.

٥٩٤٩ - وعنه أيضاً: فيمن قال لامرأته: اگر بى دستورى تو فلان جاى روم، فأنت طالق، فاستأذنها وألح عليها في ذلك، فقالت: هر كجا خواهي برو كه من دستوري ندهم، فذهب إلى ذلك الموضع قال: لا تطلق امرأته لأن قولها: هر كجا خواهي برو إذن، وقولها: كه من دستوري ندهم تعليل باطل؛ لأنها قد أذنت لها، وقيل: تطلق؛ لأن قولها: هر كجا خواهي برو مقروناً بقوله: كه من دستوري ندهم، ليس بإذن، بل هو تخويف وتهديد.

٥٩٥٠ - وعنه أيضاً في رجل كان يأخذ أموال جباية السكة، فجرى بينه وبين أهل السكة كلام فحلف بيمينه للفقه. اگر بيش سيم جبايه بدست گيرم فلان خداي برمن حرام، ودفع كل ما كان في جيبه إلى كل واحد من أهل السكة، وبقي شيء قليل كان وضعه في بيته، فذهب وأخذ ذلك من بيته، وجاء به على يده، ودفعه إليهم، قال: تطلق امرأته؛ قال: لأنه أطلق أخذ الجباية بيده، وقد أخذ. وقيل: هذا بعيد؛ لأن يمينه انعقد على جباية تقع في المستقبل، لا على جباية ماضية، هذا هو المتعارف والمتفاهم. والدليل على صحة ما ذكرنا أنه إذا خرج ما كان في جيبه وقت الحلف؛ ليدفع إلى أهل السكة لا تطلق امرأته بذلك، وإن وجد لأخذه ما كان الطريق إلا ما قلت.

٥٩٥١ - وعنه أيضاً في رجلين بينهما ألفة ومودة، قيل لأحدهما: إن صاحبك يتبع امرأتك، فقال: اگر من وي را با زن خود در يك بستر بينم خدوك[1] بيايد مرا، اگر بيايد زن از من به سه طلاق، ثم رآها مع هذا الرجل قال: إن قال: خدوك مي آيدم لا تطلق؛ لأنه علق الطلاق بصفة من صفات قلبه، فيتعلق بالإخبار عنه على ما عرف.

٥٩٥٢ - وعنه أيضاً: فيمن قال: اگر امشب ترا دم و خواهرم را نه بينم فامرأته طالق، ثم ركب إليه في الليل، فانفجر الصبح قبل أن يأتيه ويراها، قال: تطلق امرأته؛ لأن يمينه انعقدت على الذهاب، والرؤية في الليل. وقيل: لا تطلق؛ لأن يمينه انعقدت على الذهاب ليلاً، وعلى الرؤية مطلقاً.

٥٩٥٣ - وعنه أيضاً: فيمن قال: اين كه زن من است، اگر مرا بكار آيد، فهي طالق

(١) كلمة فارسية، بمعنى القلق من الأمور غير الملائمة، والعادة عليها.

ثلاثًا، قال: هذا على الوطء، قيل: إن قال الزوج: مرادم من آن بود كه اگر مرا بكار آيي
بكدبانوئي[1]، هل يصدق في حق تعليق الطلاق؟ [قال: يصدق في حق تعليق الطلاق][2]
بأفعال يسمى كدبانوئي، ولا يصدق في حق صرف الطلاق عن التعليق؛ لأن الوطء هو المراد
بمثل هذا الكلام في العرف، يقول الرجل: چندين گاه است كه مرا بكار نيامده است، ويريد
به الوطء، ويقول: هر شبى مرا بكار مى آيد، ويفهم منه الوطء، فإذا قال: ما أردت
الوطء، فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدقه القاضي في ذلك.

٥٩٥٤- وعنه أيضًا: إذا قال الرجل: إن فعلت كذا فامرأتي طالق، وله امرأتان سارة وسعادة، فطلق سارة ثم فعل ذلك الفعل، تطلق سارة أم سعادة؟ قال: إن طلق سارة طلاقًا بائنًا طلقت سعادة، وكذلك إن طلق سارة طلاقًا رجعيًا، وانقضت عدتها ثم فعل ذلك الفعل [طلقت سعادة، وإن طلق سارة طلاقًا رجعيًا ولم تنقض عدتها حتى فعل ذلك الفعل، طلقت][3] إحداهما والخيار إليه. وهذا لما عرف أن المعلق بالشرط عند مباشرة الشرط كالمنجز، فيصير قائلًا عند التزوج: امرأته طالق، ومن قال: امرأته طالق، وله امرأة مطلقة طلاقًا بائنًا أو رجعيًا قد انقضت عدتها، لا يقع الطلاق عليها فكذا هنا. وإن لم تكن سارة محلًا لوقوع الطلاق عليها في هذين الوجهين، تعين سعادة لوقوع الطلاق عليها.

٥٩٥٥- وعنه أيضًا: فيمن له امرأتان، أعطته إحداهما دراهم ليشتري بها حنطة لأجل البيت، فاشترى بها حنطة، وأعطى تلك الدراهم في ثمن الحنطة، إلا درهمًا واحدًا، فإنه صرف ذلك الدرهم إلى حاجة أخرى، ثم دفع بعد ذلك درهمًا من مال نفسه في ثمن الحنطة عوضًا من الدرهم الذي صرفه إلى حاجة أخرى، فقالت له المرأة الأخرى: إنك اشتريت لتلك المرأة حنطة، فاشتر لي مثلها، فقال الزوج: اشتريتها بدراهمها، وحلف على ذلك بالطلاق، قال: لا يقع الطلاق؛ لأنه اشتراها بدراهمها، وكذلك لو كان قال: أعطيت في ثمن هذه الحنطة دراهمها، وحلف على ذلك لا يقع الطلاق. ولو كان قال: سيم خويش بداده ام، إن أراد به كل الثمن لا يقع الطلاق أيضًا، وإن أراد به كه چيزى از سيم درمهاى وى گندم نداده ام، تطلق امرأته.

٥٩٥٦- وعنه أيضًا: فيمن قال لغيره: إن لم أفعل كذا غدًا [illegible]

(1) كدبانوئي: يعني الأمور المنزلية التي تقوم بها الزوجة بنفسها.

(2) ثبت من ظ.

(3) ثبت من ظ و ب.

بطلاق ست، فلم يفعل ذلك للنصف غداً، فهي طالق، ولا فرق بين قوله: ماندكي بطلاق ست، وبين قوله: فهي طالق](1) وعنه أيضاً: فيمن قال لامرأته: بخفته فلان اند. ماني تراسه طلاق، أو قال: تو از من بسه طلاق، ولم يقل: چون، ولا اكر، طلقت الساعة، ونظيره بالعربية أنت طالق دخلت الدار، والمسألة بالعربية في النوادر.

٥٩٥٧ - وعنه أيضاً: فيمن جاء بهدية وبعض علائق إلى غيره، وقال له: اطمع في قبالته، فقال: بعم تراقبالي دهم به اين علائق، واكر ندهم حلال خداي بر من حرام، ثم إن المهدي إليه بعد ذلك بأيام قال للمهدي: أصالحك على عشرة دراهم، ورضي به المهدي، وقبض العشرة وانصرف، هل تطلق امرأته؟ قال: نعم، قيل له: إن اليمين عقدت على العدم، والعدم لا يتحقق قبل الموت؟ قال: نعم إن اليمين عقدت على العدم، إلا أنه تحقق العدم هنا لما صار ممتنعاً عن القبالة على الدراهم، وقبض المهدي الدراهم وتركه وانصرف عنه.

٥٩٥٨ - وعنه أيضاً: فيمن قال له: ترش، وتجربين ابن باغ نخورم، اكر بخورم زن از من بطلاق، فأكل من حصرمه وعنبه، تطلق امرأته. ولو قال: از شيريني اين رز نخورم، فأكل عنبه لا تطلق امرأته، وإنما تطلق إذا شرب من الشراب الذي يتخذ من ماء العنب.

٥٩٥٩ - وعنه أيضاً: فيمن قال: اكر سست كاره خورم، باكل سرخ به بينم، فامرأته طالق، وكان الحلف بالشتاء، فرأى بعد ذلك ورداً أحمر، وهو في الشتاء بعد، فشرب الخمر، قال: لا تطلق امرأته؛ لأن يمينه انعقدت على الورد الأحمر الذي يظهر في وقته المعهود من الربيع بحكم العرف والعادة.

٥٩٦٠ - وعنه أيضاً: فيمن حلف بطلاق امرأته أن لا يشتم أباها، ثم قال لامرأته: اي غير ريدبدر، هل تطلق امرأته؟ قال: نعم، وهذا شتم لأبيها. وعنه فيمن حلفه أقرباء امرأته بطلاقها كه بروي جرم نسي وري را بجيزي متهم نكني، فحلف على ذلك، ثم قال لها بعد ذلك: خداي داند تا تو چه كرده، هل تطلق بهذا؟ قال: لا.

٥٩٦١ - رجل له فاليز أمر رجلاً أن يحفظ هذا الفاليز، وأباح له أن يأكل منه ما شاء، فحلف هذا الحافظ بطلاق امرأته أن لا يأكل من فاليزه، وليس له فاليز مملوك، ولا مستأجر، ولا مستعار، فأكل من هذا الفاليز الذي أمر بحفظه، هل تطلق امرأته؟ قال: لا إلا إذا كان يضاف إليه هذا الفاليز عرفاً وعادة أو بنوبة، أما بدون ذلك لا يحنث. وقيل: يحنث على كل حال؛ لأن الإضافة للاختصاص، وله نوع اختصاص بهذا الفاليز من حيث الحفظ، ومنع غيره

---

(1) أثبت من ف.

عن المحلوف فيه، فإذا لم يكن له قائل آخر هو مختص به اختصاصًا أقوى من هذا، علمنا أنه أراد بيمينه هذا القدر من الاختصاص.

٥٩٦٢ - وعنه أيضًا: في مريض قالت له امرأته: فلان ترا عيادت نكرد وبپرسيدت نيامد، فقال: من نيز چون بر خيزم، نزديک وی نروم وبا وی سخن نگويم، واگر بروم وبا وی سخن گويم تو از من بطلاقی، ثم إن فلانًا عاده في مرضه وأهدى له بهدايا، وكلمه حين عاده وهو مريض على حاله، لا تطلق امرأته؛ لأن يمينه انعقدت على الكلام معه بعد ما قام من مرضه، حتى إنه لو صح، ثم كلمه تطلق امرأته، وينبغي أن يقال: إذا صح من مرضه وذهب إليه وكلمه، تطلق امرأته؛ لأنه قال: اگر بروم وسخن گويم.

٥٩٦٣ - وعنه أيضًا في زوجين لهما على رجل دين غير مشترك، فحلفا بالطلاق بهذه اللفظة: اگر روی از ما بپوشی زن از تو بسه طلاق، فحلف على ذلك ما حكمه؟ فقال: إذا طلباه وعلم بالطلب، ولم يظهر نفسه عليهما طلقت امرأته، وإن دخل السوق مختفيًا عنهما لا تطلق امرأته؛ لأنه لا يريد بهذا أن لا يخفي نفسه في كل ساعة وزمان عرفًا وعادة، إنما يريد بهذا أن لا يخفي نفسه عند الطلب وعلمه بالطلب، وإن طلباه، أو طلبه أحدهما في داره، أو سوقه، أو كرمه، وهو غائب، ولم يعلم بالطلب، لا تطلق امرأته أيضًا. وإن أدى دين أحدهما لا يبقى اليمين في حقه؛ لأن اليمين مؤقتة بحال قيام الدين معنًى.

٥٩٦٤ - وعنه أيضًا: فيمن قال: هرچه بدست راست گرفتم بر من حرام كه فلان كار نكنم، وكرد، لا تطلق امرأته؛ لأن العرف في قوله: هرچه بدست راست گيرم، لا في قوله: هرچه بدست راست گرفتم.

٥٩٦٥ - وعنه أيضًا: فيمن قال بالفارسية: من اين خمر را، اين تنگورها، واين را مي كشم، وبا ياران هم ايدر خورم، بخانه نبرم، اگر بخانه برم زن از من بسه طلاق، فحمل كلها راح[1] وشرب بعضها مع أصحابه هناك، وحمل غيره بغير أمره بعضها إلى بيته، قال: إن كان مراده أن لا يحمل كلها إلى بيته بنفسه، لا يحنث بحمل البعض بنفسه ولا بحمل غيره بغير أمره. وإن كان مراده أن يشرب الكل هنا، ولا يترك شيئًا للحمل إلى بيته يحنث. وإن لم يكن له نية، فكذلك يحنث. وقيل: ينبغي أن لا تطلق في هذين الوجهين أيضًا؛ لأن بحمل البعض إلى بيته لا يقع الإياس عن الشرب؛ لأنه يمكن إعادة ما حمل إلى البيت والشرب هنا، فلا تطلق ما دام الخمر قائمًا، وهو الصحيح.

(١) راح: الخمر، صاحبها مرتاح إذا شربها.

نكوئي ترا سه طلاق. فقال: إنما يعرف النظر بالخيانة إذا انضم إلى النظر كلام أو عمل يدل عليه، وهو أن يمازحها أو يشير إليها بيده، أو شيء أو نحو ذلك.

٥٩٧٢- وعنه أيضاً: في رجل له امرأتان، فقال: اگر با آن فلانه بخسپم، وى از من طلاق، وهر دو زن در بستر وى بخفتند، سر با پاى، اين مرد آمد وپاى حفت كه در حق وى سوگند نخورده بود وان ديگر در همين بستر بود از وى باپاى، لا تطلق إذ لم يمسها قصداً، فإن وضع يده على رجل الأخرى ليخرجها من فراشه قصداً، قال: لا تطلق أيضاً؛ لأن الإخراج لم يدخل تحت اليمين [والمس لأجل الإخراج لا يكون داخلاً تحت اليمين](1).

٥٩٧٣- وعنه أيضاً: في جمع من الأصدقاء اعتادوا الاجتماع في موضع معلوم كل سبت؛ للمشاورة في أمورهم، فحلف واحد منهم بهذا اللفظ: اگر من تا يک سال با اين جمع گرد آيم زن از من بسه طلاق، فاجتمع مع ثلاثة منهم يوم السبت، قال: لا تطلق امرأته، وإن اجتمع مع جملتهم في غير يوم السبت، فإن كان اجتماعهم في غير يوم السبت للأمر الذي يجتمعون له يوم السبت تطلق امرأته. وإن اجتمع معهم يوم السبت لأمر آخر، سوى ما كانوا يجتمعون له يوم السبت قبل هذا، بأن كان اجتماعهم قبل هذا يوم السبت لأجل المشاورة، فاجتمع معهم في سبت آخر للضيافة، لا تطلق امرأته.

٥٩٧٤- إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً، ثم قال: جعلته بائناً، أو ثلاثاً، فهو بائن، وثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: يكون بائناً ولا يكون ثلاثاً، [وعند محمد: لا يصير بائناً ولا ثلاثاً، ذكر المسألة في آخر دعوى الأصل.

٥٩٧٥- وفي "المنتقى" عن أبي يوسف رواية أخرى، أنه يكون ثلاثاً](2). قال في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: وهذا إذا قال ذلك في العدة، أما بعد انقضاء العدة إذا قال: جعلتها بائناً أو ثلاثاً لا يلزمه. وأشار أبو يوسف رحمه الله تعالى إلى الفرق بين ما إذا قال: جعلته ثلاثاً، وبين ما إذا قال: جعلته بائناً على ظاهر الرواية، فقال: العدة إذا انقضت، كانت التطليقة بائنة بغير كلام ولا يكون ثلاثاً، هذا كلام أبي يوسف.

٥٩٧٦- وفي "المنتقى" أيضاً: إذا قال لها: إذا طلقتك واحدة، فأنت بائن(3)، أو ثلاث، فطلقها واحدة فلم يكن بائناً ولا ثلاثاً. من قبل أنه قدم القول قبل نزول الطلاق، وكذلك إذا قال:

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفي "ب" و"ف": فهي بائن.

لها: إذا دخلت الدار، فأنت طالق، ثم قال: جعلت هذه التطليقة بائنة أو ثلاثاً. وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لها: أنت طالق تطليقة تكون ثلاثاً، فهي ثلاث.

٥٩٧٧- وفي المنتقى أيضاً: إذا طلق امرأته واحدة، ثم قال في العدة: قد ألزمت امرأتي ثلاث تطليقات بتلك التطليقة، أو قال أيضاً: ألزمتها تطليقتين بتلك التطليقة، فإنه يقع عليها تطليقتان في الصورة الأولى سوى الأولى، فيقع ثلاث تطليقات، وفي الصورة الثانية يقع عليها تطليقة سوى الأولى، فيقع تطليقتان](1) أو ثلاثاً، وكان ذلك قبل أن تدخل الدار.

٥٩٧٨- وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل طلق امرأته واحدة، ثم قال: جعلتها بائنة رأس الشهر، قال: إن لم يراجعها، فهي بائنة، وإن راجعها فيما بين ذلك لا يتحول إلى البينونة. ولو طلقها تطليقة رجعية، ثم قال: جعلتها ثلاثاً رأس الشهر(2)، ثم راجعها قال: يكون ثلاثاً رأس الشهر، ويشبه قوله: جعلتها بائناً، قوله: جعلتها ثلاثاً، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى بعد ذلك: لا يكون ثلاثاً، ويكون واحدة بائنة.

تم كتاب الطلاق من المحيط بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، يتلوه -إن شاء الله تعالى- كتاب العتاق.

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وب وف.

كتاب العتاق

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلا

الفصل الأول في الألفاظ التي يقع بها العتق

يجب أن يعلم بأن الألفاظ التي يقع بها العتق نوعان: صريح وكناية، فالصريح لفظ العتق والحرية، وهما لفظان موضوعان لا يعتبر فيهما النية؛ لأن النية إنما تعتبر فيما كان مراد المتكلم مشتبهاً، ولا اشتباه في الموضوعات، فإن استعمال اللفظ فيما وضع له أصل، ويثبت العتق بهذين اللفظين سواء ذكرهما على سبيل الإخبار نحو قوله: أعتقتك وحررتك، أو على سبيل الصفة نحو قوله: أنت حر وأنت عتيق، أو على سبيل النداء نحو قوله: يا حر يا عتيق، أو على سبيل الإشارة نحو قوله: هذا حر هذا عتيق.

٥٩٧٩ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: وإذا قال لعبده: أنت حر لوجه الله تعالى عتق، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ذكر وجه الله تعالى ليس على سبيل الشرط، بدليل أن محمداً رحمه الله تعالى ذكر في الكتاب إذا قال لعبده: أنت حر لوجه الشيطان أنه يعتق، والأصل فيه قول عمر رضي الله تعالى عنه: من تكلم بكلام بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه من غير فصل، لكن ذكر وجه الله كان لبيان أنه قصد بالعتق القربة.

٥٩٨٠ - وفي «فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى»: أن من أشهد أن اسم عبده حر، ثم ناداه يا حر! لا يعتق، ولو دعاه بالفارسية: يا آزاد! يعتق؛ لأن في الوجه الأول دعاه باسمه، وفي الوجه الثاني دعاه بغير اسمه. وعلى هذا لو سماه آزاد، ثم دعاه يا آزاد! لا يعتق، ولو دعاه يا حر! يعتق. وذكر في بعض نسخ الأصل: إذا قال له: يا عتيق، يعتق نوى أو لم ينو؛ لأن العتق مصدر، والمصدر يقوم مقام الاسم.

٥٩٨١ - ولو قال لعبده: يا حر! أو قال لأمته: يا حرة! وقال: أردت به اللعب، يعتق ديانة وقضاء؛ لأن الجد واللعب في العتق على السواء. ولو قال: أردت به الكذب لا يعتق ديانة؛ لأن الكذب لا يتعلق به حكم إلا أن القاضي لا يصدقه في دعوى الكذب؛ لأنه دعوى أمر بخلاف الظاهر؛ لأن الظاهر في الخبر الصادر[1] عن عقل ودين أن يكون صدقاً، أما الله تعالى يطلع على الضمائر والظواهر جميعاً، والخبر في نفسه محتمل للصدق والكذب، فيصدق ديانة لهذا، إلا أن احتمال الكذب إنما يتأتى في الإخبار لا في الإيجاب، فلا يصدق في دعوى الكذب في الإيجاب. ولو جرى لفظ التحرير على لسانه خطأ بأن أراد أن

---

(١) وفي «ف»: الصدق.

في هذا المسجد، يعني المسجد الجامع [يوم الجمعة فهو حر، وعبده في المسجد إلا أنه لم ينو عتقه، أو قال: كل امرأة في هذا المسجد، يعني المسجد الجامع يوم الجمعة طالق، وامرأته في مسجد الجامع][١] إلا أنه لم ينوها.

٥٩٨٨- ولو قال: كل عبد في هذه السكة حر، أو قال: كل عبد في هذه الدار حر، وعبده في الدار أو في السكة، عتق وإن لم ينو بلا خلاف. ولو قال: ولد آدم كلهم أحرار، لا يعتق عبده إلا بالنية بالاتفاق.

٥٩٨٩- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى أيضاً: إذا قال: كل عبد يدخل الدار هذه، فهو حر، أو قال: كل عبد يكلمني، فهو حر، فدخل الدار عبد له، أو كلمه عبد له عتق. وكذلك إذا قال: كل عبد في الأرض حر، عتق عبده. ولم يرو عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذين الفصلين شيء.

٥٩٩٠- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى أيضاً: رجل قال: قد أعتق كل رجل عبده، ثم اشترى عبداً، لم يعتق العبد الذي اشتراه بهذا القول منه؛ لأني لأعلم أنه فيه كاذب. قال: وأما المسائل المتقدمة فيمن أوقع بها العتق، وأوقع بها ما أوقعه منه على عبده. وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لعبده: أنت حرة، أو قال لأمته: أنت حر عتق، ولو قال لرجل: يا زانية لا يحد.

٥٩٩١- وفي «الأصل»: إذا قال لعبده: أنت حر من عمل كذا، أو قال: أنت حر اليوم من هذا العمل، عتق في القضاء؛ لأنه وصفه بالحرية، وتخصيصه وقتاً أو عملاً لا يغير حكم ما وصفه به، فأما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم يرد به العتق، فهو عبده؛ لأنه يحتمل أن يكون مراده لا أكلفك اليوم هذا العمل، والله تعالى مطلع على ما في ضميره، ولكنه خلاف الظاهر، فإنه جعل الحرية صفة له في الظاهر، فلا يصدقه القاضي -والله تعالى أعلم-.

٥٩٩٢- وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لأمته: أنت حرة من هذا العمل، يعني به قد أعتقتك منه، فهي حرة في القضاء، قال: ولا يشبه هذا قوله لامرأته: أنت طالق من وثاق. وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لأمته: فرجك حر عن الجماع، قال: تعتق في القضاء.

٥٩٩٣- وفي «المنتقى» أيضاً: رجل له عبد قد حل له دمه بالقصاص، فقال له: قد أعتقتك، ثم قال: عنيت العتق عن الدم، فإنه في القضاء على الرق، ويلزمه العفو بإقراره أنه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ وم وف.

صفة، وإن لم يقل: عتقت العدو من العتق لم يلزمه العدو. ألا يرى أنه لو قال: عتقت العتق عن الرق، كان له أن يقتله؛ لأن وجه الكلام على ذلك، كذا هنا. ولو أعتقه لوجه الله تعالى عن القصاص بالدم، كان كما قال. ولو كان له على رجل حق قصاص، فقال له: قد أعتقتك، فهو عفو استحسانًا. ولو قال له: أعتقتك عن القصاص أو عن القتل، فهو عفو قياسًا واستحسانًا.

٥٩٩٤ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: وسئل أبو بكر الإسكاف عن رجل قال لعبده: تو آزاد تر از مني، قال: لا يعتق؛ لأنه لا يراد به إلا التشبيه، ألا يرى أنه لو قال لآخر: أنت أزنى الناس، لا يكون قاذفًا. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا إذا لم ينو العتق، فأما إذا نوى العتق يعتق؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه. ألا يرى أنه لو قال لامرأته: أنت أطلق من فلانة، وفلانة مطلقة ونوى الطلاق، تطلق، كذا هنا، وقيل: يجب أن يعتق بدون النية.

٥٩٩٥ - وفي المنتقى: إذا قال لعبده: أنت أعتق من هذا، يعني به: أقدم، أو عنى أنت أقدم في ملكي، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء وعتق. ولو قال: أنت أعتق من هذا في ملكي، أو قال: في السن، لم يعتق أصلًا، وكذلك إذا قال له: أنت عتيق السن، ولو قال: أنت حر النفس، يعني في الأخلاق، عتق قضاء، ولو قال: أنت حر النفس في أخلاقك وأفعالك، لم يعتق أصلًا.

٥٩٩٦ - وفيه أيضًا: إذا قال لرجل بعينه: قل لغلامي: إنك حر، أو قال: قل له: إنه حر، عتق في القضاء ساعة تكلم[1]، ولو قال: قل له: إنه حر، لم يعتق حتى يقول له: أنت حر. وهذا على الرسالة كأنه وكله بعتقه.

٥٩٩٧ - هشام قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى قال في رجل قال لثوب خاطه مملوكه: هذه خياطة حر بالإضافة، أو قال لدابة مملوكه: هذه دابة حر، لا يعتق في شيء من هذا، وقال في رجل قال لمملوكه: أنت مولى فلان، أو أنت عتيق فلان، فهو حر. ولو قال: أعتقك فلان، فليس بشيء، والفرق أن في الفصل الأول أخبر عن عتقه، ولا يتحقق العتق فيه إلا بإعتاقه إياه، فيصير مقرًا بإعتاقه إياه، وإقراره حجة عليه. وفي الفصل الثاني: أخبر عن إعتاق فلان[2]، وقد يتحقق إعتاق فلان من غير عتقه، فلا يصير مقرًا بإعتاقه.

(١) وفي م: ساعة تكلمه
(٢) وفي م: أخبر عن إعتاقه فلان بعد تحقق إعتاق فلان من غير إعتاقه

الفصل الثاني في الألفاظ التي لا يقع بها العتق

٥٩٩٨ - وفي «المنتقى»: إذا قال لأمته: أنت مثل هذه، وأشار إلى امرأة حرة لم تعتق، إلا أن يقول: أردت أنها حرة مثل هذه، وكذلك[1] إذا قال لامرأة حرة: أنت مثل هذه، وأشار إلى أمته لا تعتق أمته، إلا أنه ههنا إن أراد التشبيه في الحرية لا تعتق أمته، بخلاف الفصلين المتقدمين.

٥٩٩٩ - وفيه أيضاً: إذا قال: كل مال لي حر وله رقيق لا يعتق واحد منهم؛ لأن محل التحرير الرقيق لا مطلق المال، فهذا الكلام لم يلاق محله فلا يصح.

٦٠٠٠ - وفيه أيضاً: إذا قال لعبده: نسبك حر، أو قال: أصلك حر، فإن كان يعلم أنه مسبي لم يعتق، وإن كان لا يعلم أنه مسبي [يعتق]، فهو حر[2]؛ لأن في الوجه الأول ما أقر بحريته لا نصاً ولا ضرورة الإقرار بحرية أصله إذ ليس من ضرورة حرية أصل المسبي حريته، فالكفار كلهم أحرار قبل الظهور عليهم، ويثبت حكم الرق في أولادهم بالاستيلاء على الأولاد، فهو معنى قوله: إنه ما أقر بحريته. وفي الفصل الثاني صار مقراً بحريته ضرورة الإقرار بحرية أصله، فإن من ضرورة حرية أصل غير المسبي[3] حريته، والثابت ضرورة والثابت صريحاً سواء، أو نقول: في الوجه الأول هو صادق في مقالته؛ لأن المسبي نسبه حر وأصله حر، فلا ضرورة إلى الحكم بحرية الولد، أما غير المسبي لا يكون نسبه حراً، إلا وأن يكون هو حراً؛ لأن حرية الأبوين تقتضي حرية الولد، إلا أن تجري المسمي على الولد، فإن لم يجز يثبت هذه اللفظة بوصفه[4] حرية الولد. ولو قال له: أبواك حران، لم يعتق على كل حال؛ لأنه يجوز أن يكون الأبوان حرين، ويكون هو رقيقاً بأن عتق أبواه بعد ولادته.

٦٠٠١ - إذا قال لعبده: عتقك عليَّ واجب لا يعتق، بخلاف ما لو قال: طلاقك عليَّ واجب، هكذا ذكر في «فتاوى الفضلي». والفرق أن العتق قد يجب في الجملة، فلم

---

(1) وفي [illegible]: لو قال لامرأة حرة: أنت مثل هذه، وأشار إلى أمته، وكذلك لو قال لامرأة حرة: أنت مثل هذه الأمة، وأشار إلى أمته.

(2) وفي م: يعتق مكان فهو حر.

(3) وفي ط: عين المسمى.

(4) وفي [illegible]: موجبة حرية الولد.

يقتضي هذا اللفظ وقوع الطلاق[١]؛ لأن نفي الطلاق لا يصح محالاً، وإنما يصح حكمه بعد وقوعه فاقتضى هذا وقوع الطلاق. وقد ذكر القدوري في شرحه مسألة الطلاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى بخلاف ما ذكر هاهنا، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق. وإذا قال لعبده: رأسك رأس حر، أو قال: بدنك بدن حر، فالكلام في العتق نظير الكلام في الطلاق، ففي كل ما يقع الطلاق بالإضافة إليه يقع العتق بالإضافة إليه، وما لا يقع الطلاق بالإضافة إليه لا يقع العتق بالإضافة إليه، وقد مر في فصل الطلاق في كتاب الطلاق.

٦٠٠٢ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لغلامه: ذكرك حر، أنه يعتق كما لو قال لها: فرجك حر. إذا قال لعبده: رأسك رأس حر، أو قال: بدنك بدن حر، قال: بالإضافة لا يعتق عبده؛ لأن معناه مثل رأس حر، مثل بدن حر، وإنه تشبيه والتشبيه لا يقتضي المساواة من كل وجه. ولو نون فقال: رأسك رأس حر، أو بدنك بدن حر عتق؛ لأن هذا صفة وليس تشبيه، ولو قال: ما أنت إلا مثل الحر، لا يعتق؛ لأن هذا تأكيد في التشبيه، والتشبيه لا يوجب العتق. ولو قال: ما أنت إلا حر عتق؛ لأن كلامه يشتمل على النفي والإثبات، وهذا آكد ما يكون من الإثبات، ونظير هذا قوله: أنت حر سواء.

٦٠٠٣ - ولو أن رجلاً قال لمولاه: آزادي من بيدا كن؟ فقال المولى: آزادي تو بيدا كردم، لا يعتق العبد؛ لأنه يحتمل أنه أظهر بالتحقيق لا بالتحرير. رجل قال لعبده: أنت حر غير مملوك، فهذا لا يكون عتقاً منه، ولكن ليس له أن يبيعه، وإن مات لا يرثه بالولاء. وإن قال المملوك بعد ذلك: إني مملوك له، فصدقه كان مملوكاً له، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى.

٦٠٠٤ - وفي الفتاوى: عبد أخذ منديل مولاه ووضعه تحته، فقال المولى: تو چنين مرا دستار من مي بايد تو زير خود نهي، لا يعتق العبد بهذا اللفظ؛ لأن معناه: أبي من كرم مولاه، وبهذا لا يثبت العتق؛ لأنه استهزاء.

٦٠٠٥ - قال لعبده: يا سيد! أو قال له: يا سيدي! أو قال لأمته: يا سيدة! أو قال لها: يا سيدتي! أو قال له: يا آزاد مرد! أو قال: يا آزاد مرد من! أو قال لها: يا آزاد زن! أو قال: يا آزاد زن من! أو قال لها: يا كدبانو! أو قال: كدبانوي من، فإن نوى العتق في هذه المسائل يثبت العتق بلا خلاف، وإن لم ينو العتق اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، واختار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنه لا يعتق؛ لأنه يراد بمثل هذه الألفاظ التلطف،

(١) وفي ... : وقوع العتق بخلاف الطلاق.

وبعضها الإشارة وليس فيه ذكر ما يختص بإعتاقه إياه. ولو قال لغلامه: يا آزاد مرد! بدون حرف الألف، لا يعتق وإن نوى العتق، هكذا حكي عن الفقيه أبي بكر رحمه الله تعالى.

٦٠٠٦- ولو قال لغلامه: أنت مولاي، أو قال له: يا مولاي! اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، وذكر الكرخي أنه يعتق ولا يحتاج فيه إلى النية. وقال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عمن قال لغلامه: يا مولاي! أو قال لأمته: يا مولاتي؟ قال: يعتق، قلت: وإن قال: يا سيدي، يا سيدتي؟ قال: لا يعتق، وهذا ليس بشيء.

وقال إبراهيم ابن رستم: سمعت محمداً رحمه الله تعالى يقول: لا يعتق في النداء[1] إلا في خصلتين: يا حر، ويا حرة، يا مولاي، ويا مولاتي. وقال: هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ وهذا لأن لفظ المولى وإن كان لفظ مشترك فإنه يذكر بمعنى الناصر، قال الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوْلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾[2]. ويذكر بمعنى ابن العم، قال الله تعالى: ﴿وَإِنِّى خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِىَ مِن وَرَآءِى﴾[3]. ويذكر بمعنى المولى الأعلى، ويذكر بمعنى المولى الأسفل، إلا أنه تعين المولى الأسفل ههنا؛ لأن المولى لا يستنصر بعبده عادة، ونسب العبد معروف، فانتفى معنى الناصر ومعنى ابن العم كذلك، ومعنى المولى الأعلى منتف وإنه ظاهر، فتعين معنى المولى الأسفل. وإنما لا يحتاج إلى النية؛ لأن اللفظ المشترك إذا نوى فيه بعض وجوهه، كان الحكم في ذلك الوجه ثابتاً بطريق الحقيقة، فلا يحتاج فيه إلى النية.

٦٠٠٧- إذا قال: اين كوجك منست، فقال ذلك لغلامه أو لأمته، هل يعتق؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، واختار الصدر الشهيد الكبير برهان الأئمة أنه لا يعتق؛ لأنه لا يراد به التحقيق. ألا يرى أنه يقال في العرف: اين كوجكان اين ده اند، ولا يراد به التحقيق! وإذا قال لغلامه: اين خداي منست، لا يعتق في فتاوى أبي الليث في باب بنة للعجيب. وإذا قال لغلامه بالفارسية: اي بنده من بودى بعقاب تو اسير بودم، اكنون كه نيستى بعذاب تو اندرم، فقد قيل: إنه يعتق في القضاء؛ لأنه أقر بالعتق. وقيل[4]: لا يعتق بدون النية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، كما في قوله لامرأته: لست لي بامرأة، وأشباه ذلك؛ وهذا لأنه ليس من ضرورة أن لا يكون عبده أن يكون حراً؛ لجواز أن يكون عبد غيره، وسيأتي بعد هذا

---

(١) وفي "ب" و"ف" و"ظ": لا عتق في النساء.

(٢) سورة محمد: ١١.

(٣) سورة مريم: ٥.

(٤) وفي "م": والصحيح ما قبل.

ولو قال: لا ملك لي عليك، ونوى به العتق يعتق كذا هنا. فأما السلطان في اللغة يذكر، ويراد به الحجة، ويذكر ويراد به الاستيلاء واليد. فكأنه قال: لا حجة لي عليك، لا يد لي، ولو نص على هذا لا يعتق وإن نوى، كذا ههنا.

فرّق بين قوله: لا ملك لي عليك، وبين قوله: لا يد لي عليك، لا حجة لي عليك، فجعل قوله: لا ملك لي عليك من كنايات العتق، ولم يجعل قوله: لا يد لي عليك من كنايات العتق. والفرق أن قوله: لا يد لي عليك، يتعرض لنفي اليد لا لنفي الملك، واليد ينتفي من غير انتفاء الملك، كما في الإجارة والكتابة. ولو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك، يؤدي إلى أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له اللفظ، وإنه لا يجوز. وكذا قوله: لا حجة لي عليك، يتعرض لنفي الحجة لا لنفي الملك، والتقريب ما مر.

وأما قوله: لا ملك لي عليك، يتعرض لنفي الملك مطلقًا، الرقبة واليد فيه سواء، فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة ملك الرقبة واليد، لا يؤدي إلى أن يثبت باللفظ أكثر ما وضع له اللفظ؛ وبهذا افترقا.

٦٠١٢ – وإذا قال لأمته: أنت طالق، أو ذكر شيئا من كنايات الطلاق نحو قوله: بنت مني، أو حرمتك، أنت خليّة، أو ما أشبه ذلك وهو ينوي العتق، لا تعتق في جميع ذلك عندنا.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لأمته: أطلقتك، ونوى العتق عتقت؛ لأن الإطلاق يقتضي زوال اليد، فهو بمنزلة قوله: خليت سبيلك، ولو قال لها: فرجك علي حرام، يريد به العتق لا تعتق؛ لأنه حرم المتعة على نفسه، وتحريم المتعة يجامع الرق. ألا ترى أنه لو اشترى أخته من الرضاع، أو اشترى جارية قد وطئ أمها، صح وإن كان المتعة حرامًا عليه.

٦٠١٣ – وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامته: أنت ألف نون تا حا را تا، أو قال لأمته: أنت ألف نون تا طا لام قاف، فإنه إن نوى الطلاق والعتاق تطلق المرأة وتعتق الأمة، وهذا بمنزلة الكناية؛ لأن هذه الحروف يفهم منها ما هو المفهوم من صريح الكلام، إلا أنها لا تستعمل لذلك، فصارا كالكناية في حق الافتقار إلى النية.

٦٠١٤ – وإذا قال لعبده: هذا ابني، ومثله يولد لمثله، عتق العبد، سواء كان معروف النسب، أو كان مجهول النسب، وإن كان مثله لا يولد لمثله، عتق العبد عند أبي حنيفة

٦٠٥٩ - صبي في يدي رجل قيل له: أعتقت هذا؟ فأشار برأسه أي نعم، لا يعتق، ولو كان في يدي رجل صبي، قيل له: أهذا ابنك؟ وأشار برأسه أي نعم، يثبت النسب منه، والفرق وهو أن العتق يتعلق بالعبارة، والإشارة لا تقوم مقام العبارة عند القدرة عليها، أما النسب لا يتعلق ثبوته بالعبارة، ألا ترى أن الولد المولود على الفراش ثابت النسب من صاحب الفراش وإن لم يصرح به؛ فجاز أن يثبت بالإشارة.

٦٠٦٠ - وإذا قال لعبده: أنت لله، لا يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وإن نوى؛ لأنه وصفه بوصف هو ثابت النسب من صاحب الفراش قبل وصفه، فإن جميع الأشياء لله تعالى، والعتق لا يثبت إلا بإثبات وصف لا يوصف به المملوك قبل العتق.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقع العتق إذا نوى؛ لأن العتق يقع لله تعالى عادةً، وإذا نوى العتق بهذا اللفظ فكأنه قال: أنت حر لله، هكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى قال هشام: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل قال في صحته أو مرضه: جعلتك لله، قال: فإن نوى العتق عتق، وإذا لم ينو العتق أو مات ولم يبين، لم يعتق؛ لأنه يحتمل أنه أراد به النذر، ويحتمل أنه أراد به العتق، فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية، ولو مات لم يلزم الورثة شيء؛ لأن النذر يسقط بالموت، ولو قال له: أنت عبد الله، لا يعتق بالإجماع.

٦٠٦١ - وفي العيون: إذا قال لأمته الحامل: أنت حرة وقد خرج منها بعض الولد، إن كان الخارج أقل يعتق، وإن كان الخارج أكثر لا يعتق؛ لأن للأكثر حكم الكل، لا لما دونه. وذكر هشام والمعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لأمته الحبلى، وقد خرج منها نصف بدن الولد: أنت حرة، قال: إن كان الخارج النصف سوى الرأس، فهو مملوك، وإن كان الخارج النصف من جانب الرأس، ومعناه أن يكون الخارج من البدن مع الرأس نصفاً، فالولد حر - والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الثالث في تعليق العتق وإضافته، وما هو في معناهما

٦٠٢٢ - ذكر في المنتقى: إذا قال لمملوكه: إن ملكتك، فأنت حر، عتق عليه حين ملكه. والملك الحادث بعد اليمين ملك، وهذا كقوله: إن صححت وهي صحيحة. في مجموع النوازل: رجل قال لعبده: إذا سقيت الحمار، فأنت حر، فذهب العبد بالحمار إلى الماء، فلم يشرب الماء، عتق العبد؛ لأنه قد سقاه.

٦٠٢٣ - وفي المنتقى: رجل قال: إن اشتريت عبد فلان، فقد صار حرًا، أو قال: فقد جرى فيه العتق، فاشتراه عتق. ولو قال: إن اشتريت عبد فلان عتق، أو قال: جرى فيه العتق، فاشتراه لا يعتق. وروى خالد بن صبيح عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال: كلما دخلت هذه الدار، فعبد من عبيدي حر، وله عبيد، فدخلها أربع مرات، وجب عليه بكل دخلة عتق يوقعه على أيهم شاء واحدًا بعد واحد.

٦٠٢٤ - إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لعبده: أنت حر على أن لا تدخل الدار، فهو حر دخل الدار أو لم يدخل. وعنه أيضًا: إذا قال لعبده: أنت حر على أنه إن بدا لي رددتك، جاز العتق وبطل الشرط. وقال: إذا كان شرطه في شيء يجب عليه، أي على العبد فلا شيء عليه، ولا يثبت الحرية ما لم يقبل، وإذا كان الشرط في شيء لا يجب عليه، فهو حر قبل أو لم يقبل. إذا قال لعبده: إن شتمتك فأنت حر، ثم قال له: لا بارك الله فيك، لا يعتق؛ لأن هذا ليس بشتم، بل دعاء عليه.

٦٠٢٥ - رجل قال لمكاتبه: إن كنت عبدي، فأنت حر، لا يعتق؛ لأن في كونه عبدًا له قصورًا، وهو نظير ما لو قال لمطلقته طلاقًا رجعيًا: إن كنت امرأتي، فأنت طالق، لا تطلق؛ لأن في كونها امرأة له قصورًا.

٦٠٢٦ - رجل قال لعبد رجل: إن وهبك مولاك مني، فأنت حر، فوهبه مولاه منه، فهذا على وجهين:

أما إن كان العبد في يد الواهب، ففي هذا الوجه لا يعتق العبد قبل أو لم يقبل، سلم إليه أو لم يسلم؛ لأنه انحلت اليمين بنفس الهبة، ولا ملك في تلك الحالة؛ لانعدام القبض. وهذا إنما يأتي على قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأن على قول عامة المشايخ الملك لا يثبت في باب الهبة بدون القبول. أما على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى الملك يثبت بنفس

نصيبه، عتق كله؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، وكان على العبد ألف درهم في الوجهين جميعاً؛ لأن الألف مقابل بجميع [العبد][1]، وقد سلم للعبد جميع الرقبة من جهته، ويرجع الساكت على المعتق بنصف ما أخذ من العبد، ثم المعتق بنصف ما أخذ من العبد، ثم المعتق يرجع بذلك على العبد، هكذا وقع في بعض النسخ، ووقع في بعضها لا يرجع الساكت على المعتق بما أخذ من العبد، قالوا: تأويل ما ذكر أن الساكت يرجع على المعتق، أن يكون المؤدى كسب الرق، فيكون كسب عبد مشترك. وتأويل ما ذكر أن الساكت لا يرجع، أن المؤدى كسب ما بعد الإعتاق، وعندهما الإعتاق لا يتجزأ، فكان هذا كسب حر عندهما.

٦٠٣٠ - وفي أبواب البيوع من "الزيادات": إذا قال لعبده: أنت حر بألف درهم، أو قال: على ألف درهم، فقال العبد: قبلت العتق في نصفي، لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولا يعتق ولا يلزمه شيء، وعندهما يعتق ويلزمه الألف؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فصار قبول العتق في النصف قبولاً في الكل، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإعتاق يتجزأ. فلو صح قبوله في النصف يعتق نصفه بخمسمائة، ويخرج النصف الآخر إلى الحرية بالسعاية، فيقصر يد المولى عن العبد بإيجاب الدين في ذمته وإنه مفلس، والدين في ذمة المفلس تَوِيَ فيتضرر به المولى، فإن قال المولى: قبلت العتق في نصفي بخمسمائة، فهو باطل بالإجماع، أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر، وأما عندهما فلأن قبول العتق في النصف لما كان قبولاً في الكل عندهما، صار كأنه قبل العتق في الكل بخمسمائة [ولو قبل العتق في الكل بخمسمائة][2] لا يجوز [ولا يعتق][3]؛ لأن المولى ما رضي به، كذا هنا.

٦٠٣١ - ولو قال العبد لمولاه: أعتقني على ألف درهم أو بألف درهم، فقال المولى: أعتقت نصفك، فعلى قولهما عتق كله وعليه الألف، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن كان العبد قال: أعتقني بألف، فقال المولى: أعتقت نصفك، عتق نصفه بخمسمائة، ويجب عليه السعاية في النصف الثاني[4]، ولو كان قال: أعتقني على ألف درهم، فقال المولى: أعتقت نصفك، عتق نصفه بغير شيء.

(١) هكذا في "ب" و "ظ"، وكان في الأصل: بجميع البدل.

(٢) أثبت من "ظ".

(٣) أثبت من "ف".

(٤) وفي "ف": في النصف الثاني.

٦٠٣٢ - وفي مجموع النوازل : رجل قال لعبده : أنت حر بعد موتي إن لم تشرب الخمر ، فأقام شهراً ، ثم شرب الخمر قبل أن يعتق بطل عتقه ، وإن رفع الأمر إلى القاضي بعد موت المولى قبل أن يشرب الخمر ، فأمضى فيه العتق ، ثم شرب الخمر بعد ذلك لم يرد إلى الرق ، ولو قال لعبده : أنت حر على أن تشرب الخمر ، فهو حر شرب الخمر أو لم يشرب .

٦٠٣٣ - وفي المنتقى : الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا أشكل أمر الغلام في الاحتلام ، فقال : قد احتلمت ، صدق فيما له وفيما عليه ، كما تصدق الجارية على الحيض ، فعلى هذا إذا قال لغلامه : إذا احتلمت ، فأنت حر ، فقال : احتلمت عتق .

٦٠٣٤ - وفي نوادر ابن سماعة : عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل : أول غلامين أشتريهما حران ، فاشترى غلاماً ، ثم اشترى غلامين لم يعتق واحد منهم ، ولو اشترى أولاً غلامين ، ثم اشترى غلاماً واحداً ، عتق الغلامان . أما الفصل الأول فلأن المشترى أولاً ليس بغلامين ، والغلامان ليسا بأولين ؛ لأن الأول اسم فرد سابق لم يسبقه مثله ، وأما الفصل الثاني فلأن الغلامين أول غلامين اشتراهما ؛ لأنه لم يسبقهما شراء غلام .

٦٠٣٥ - وفي الجامع : إذا قال : أول عبد أملكه ، فهو حر ، فملك عبدين ، ثم عبداً ، لم يعتق واحد منهم ؛ لأنه أوجب العتق لأول عبد يملكه ، والأول اسم لفرد سابق ، وفي العبدين إن وجد السبق لم يوجد الفردية ، وفي العبد وجد الفردية لم يوجد السبق ، وهذا بخلاف ما إذا قال : أول عبدين أملكهما حران ، فملك العبدين عتقا ؛ لأن هناك أضاف العتق إلى أول عبدين يملكهما ، فيعتبر الأولية في العبدين . وقد وجد ههنا إضافة العتق إلى أول عبد يملكه ، فيعتبر الأولية في العبد الواحد ولم يوجد .

٦٠٣٦ - وكذلك إذا قال : أول عبد أملكه واحداً فهو حر ، فملك عبدين ، ثم ملك عبداً ، لم يعتق واحد منهم ؛ لأن قوله : واحداً ، ذكره ولا ذكره سواء ؛ لأنه لا يفيد إلا ما أفاده صدر الكلام ؛ لأن قوله : واحداً ، صفة العبد بالتفرد ، وقد استفيد تفرد العبد[1] بقوله : أول عبد أملكه ؛ لأن الأول اسم لفرد سابق .

٦٠٣٧ - ولو قال : أول عبد أملكه وحده فهو حر ، فاشترى عبدين ، ثم اشترى عبداً ، عتق الثالث ، بخلاف قوله : أول عبد أملكه وحده أو اشتريت وحده . والفرق أن قوله :

(١) وفي ب : وقد استفيد العبد

وحده، يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به، ولا يقتضي الانفراد في الذات. وقوله: وحده يقتضي الانفراد في الذات. ألا ترى أنه لا يستقيم أن يقال: عبد وحده، ويستقيم أن يقال: عبد أملكه وحده؟ وكذلك إذا قلت: في الدار رجل وحده، يقتضي ذلك صفة التفرد في الفعل المقرون به وهو الكون في الدار، حتى لو كان في الدار صبي أو امرأة مع الرجل يكون كاذبًا. وإذا قلت: في الدار رجل واحد، يقتضي ذلك صفة التفرد للرجل في ذاته، حتى لو كان في الدار مع الرجل صبي أو امرأة لا يكون كاذبًا.

إذا ثبت هذا فنقول: قوله: أملكه[1] وحده يقتضي التفرد في الفعل المقرون به وهو الملك، فيصير مضيفًا العتق إلى الأول، فيصير موصوفًا[2] بصفة التفرد في الملك. والعبد الثالث بهذه الصفة، وصار كما لو قال: أول عبد أسود أملكه فهو حر، فملك عبدين أبيضين، ثم ملك عبدًا أسود عتق؛ لأنه أضاف العتق إلى أول عبد موصوف بصفة التفرد بالسواد، وهذا العبد بهذه الصفة. أما قوله: أملكه واحدًا يقتضي التفرد في الذات، فيصير مضيفًا العتق إلى أول عبد موصوف بصفة التفرد في الذات، والثالث ليس بهذه الصفة.

٦٠٣٨- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا قال: إن اشتريت عبدين، فهما حران، فاشترى ثلاثة أعبد في صفقة، عتق اثنان منهم والخيار إلى المولى، وكذلك إذا اشترى عبدًا ثم عبدين، عتق اثنان منهم والخيار إليه؛ لأنه لما اشترى ثلاثة أعبد فقد اشترى عبدين، ولو اشترى عبدًا فأعتقه، ثم اشترى عبدين عتق العبدان أيضًا، فيعتقون جملة؛ لأن العبد الأول خرج من أن يكون مرادًا بقوله: عبدين فهما حران؛ لأنه أثبت العتق، والأول بعد إنشاء العتق لم يبق محلًا للإنشاء، فيعتق العبدان الآخران بقوله: فهما حران.

٦٠٣٩- وإذا قال: آخر عبد أشتريه، فهو حر، فهذا على الفرد الذي يتأخر عن غيره في الزمان، وإذا اشترى غلامًا ثم غلامًا، ثم مات، حكم بعتق الآخر مستندًا إلى يوم الشراء، ويعتبر عتقه من جميع المال، إذا كان الشراء في حالة الصحة، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يعتق مقصورًا على الحال.

٦٠٤٠- وإذا قال: آخر غلام أشتريه حر، فاشترى غلامًا، ثم اشترى آخر، ثم باع

---

(١) وفي ف: يعتق وحده بعد ذلك.

(٢) ليس في ف.

(٣) وفي ف: فيصير مضيفًا العتق إلى أول عبد موصوف بصفة التفرد.

مسألة الرغيف في مسائل المتفرقات وما فيها من اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى.

فأما إذا كانت الخشبة ثقيلة بحيث لا يقدر الواحد على حملها، فالنكرة صارت موصوفة بحمل بعض الخشبة؛ لأن العمل بحقيقة الكلام متعذر؛ لأن حمل جميع الخشبة لا يتأتى من كل واحد في هذه الصورة، فيعمل بمجازه ويجعل الشرط من كل واحد منهم حمل بعض هذه الخشبة، وهو نظير ما لو قال لعبيده: أيكم شرب ماء هذا البحر، فهو حر، فشرب كل واحد منهم قطرة عتقوا؛ لأن العمل بحقيقة هذا الكلام متعذر فيعمل بمجازه، وجعل الشرط في حق كل واحد من العبيد شرب بعض الماء.

ثم إن محمداً رحمه الله تعالى يقول في الكتاب: إذا كانت الخشبة ثقيلة يقدر على حملها اثنان، فحملوها جميعاً عتقوا؛ لأن الشرط في هذه الصورة حمل بعض الخشبة، والبعض من حيث إنه بعض لا يفصل فيه بين قدر وقدر، ويقول أيضاً: إذا كانت الخشبة خفيفة بحيث يقدر الواحد على حملها، إذا حملها واحد عتق، وإذا حملها واحد بعد واحد عتقوا.

وفيه نوع إشكال؛ لأن هذا اللفظ إن كان خاصاً ينبغي أنه إذا حملها الواحد وحكم بعتقه، أنه لو حملها آخر بعد ذلك أنه لا يعتق، وإن كان عاماً ينبغي أن لا يعتق واحد منهم، ما لم يحملوها جميعاً واحداً بعد واحد، كما لو قال: إن حملتم هذه الخشبة فأنتم أحرار، والجواب أن هذا اللفظ خاص بصورته، عام من حيث المعنى، فإذا حملها واحد عتق عملاً بخصوص الصورة، وإذا حملوها جميعاً واحداً بعد واحد، عتقوا عملاً بعموم المعنى، بخلاف قوله: إن حملتم هذه الخشبة؛ لأنه عام صورة ومعنى، فما لم يحملوها لا يعتقون.

٦٠٤٦- وفي الفتاوى: رجل قال: كل جارية أشتريها ما لم أشتر فلانة الجارية (سماها) فهي حرة، ثم إن الجارية المحلوف عليها غابت أو ماتت، فاشترى جارية أخرى، ففي الموت لا يعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنه وجد الشرط واليمين ساقط على قولهما؛ لفوات الغاية. وفي الغيبة يعتق ما لم يظهر موتها بلا خلاف؛ لأن بمجرد الغيبة لا يبطل اليمين بلا خلاف

٦٠٤٧- إذا قال لعبيده: أيكم بشرني بقدوم فلان فهو حر، فبشروه معاً عتقوا، ولو بشره واحداً بعد واحد عتق الأول خاصة. ولو أمر واحد منهم عبداً آخر أن يذهب إلى مولاه برسالته، فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل بأن قال: إن فلاناً يقول لك: أبشرك بقدوم فلان

ولا صيغة له على الخصوص إلا هذا، بخلاف الاستقبال؛ لأن الاستقبال له صيغة على الخصوص، وهو قوله: سوف أفعل، وكانت هذه الكلمة أحق للحال من هذا الوجه، فانصرف إليه. فإن عنى ما يستفيده صحت نيته في حق دخول ما يستفيده تحت اليمين، لا في حق الخروج الحالية عن اليمين، فيعتقان جملة.

٦٠٥٥ - وفي «الجامع»: إذا قال العبد المأذون أو المكاتب: كل مملوك أملكه فيما أستقبل، فهو حر، فملك مملوكاً بعد ما عتق، لا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يعتق. وعلى هذا الخلاف إذا قال: كل مملوك أشتريه، فهو حر، فاشترى مملوكاً بعد ما عتق. وأجمعوا على أنه إذا قال: إذا أعتقت فكل مملوك أملكه، فهو حر، أو قال: إذا أعتقت فكل مملوك أشتريه، فهو حر، فملك مملوكاً بعد العتق، أو اشترى مملوكاً بعد العتق أنه يعتق. وأجمعوا على أنه إذا قال: كل مملوك لي، فهو حر، أو قال: كل مملوك أملكه، فهو حر، فملك مملوكاً بعد العتق، أنه لا يعتق.

فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر من الخلاف يجب أن يكون على العكس، وينبغي أن يعتق ما يملكه بعد العتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما، وردوا هذه المسألة إلى مسألة أخرى، وهو ما إذا قال الرجل لأمته: أول ولد تلدينه، فهو حر، أو قال لها: إن ولدت ولداً، فهو حر، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: ينصرف يمينه إلى الولد الحي تصحيحاً للجزاء، فههنا يجب أن ينصرف يمينه إلى ما يملك بعد العتق تصحيحاً للجزاء، وعلى قولهما في تلك المسألة: ينصرف يمينه إلى الولد الحي والميت، فههنا يجب أن ينصرف يمينه إلى ما يملكه في الحال، وإلى ما يملكه بعد العتق.

وعامتهم على أن الخلاف في هذه المسألة على الوجه الذي ذكر في «الجامع»، فوجه قولهما: أنه ذكر الملك فيما يستقبل مطلقاً، فينصرف إلى الملك الكامل من كل وجه [لما عرف أن المطلق من الأسامي ينصرف إلى الكامل، وهو الكامل من كل وجه][2]، وإنما يثبت الملك لهما من كل وجه بعد العتق [فينصرف يمينه إلى ما يملكه بعد العتق][2]، بخلاف قوله: أول ولد تلدينه فهو حر على مذهبهما؛ لأن الولد الميت ولد من كل وجه، فيتناوله مطلق اسم الولد، فلا ضرورة إلى صرفه إلى الولد الحي، أما ههنا بخلافه.

---

(١) أثبت من ب، ز، ف

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، ب، ف.

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن قوله: أملك، للحال على ما مر، وقوله: فيما أستقبل، يجوز أن يكون تفسيراً لقوله: أملك، فيصير للاستقبال، ويجوز أن يكون له ملك الحال، فيصير كأنه شرط عتق هذا الملك الموجود للحال فيما يستقبل. فلما احتمل هذا، واحتمل ذاك، وليس على أحد الاحتمالين دليل، لم يصح قوله فيما يستقبل، صار قوله أملك إلى الاستقبال، فبقي للحال، فكان موجباً للعتق لما هو مملوك له للحال، كأنه نص على الحال [ولو نص على الحال][1] لا يعتق ما يملكه بعد العتق، فههنا كذلك.

وقوله: ذكر الملك مطلقاً، فينصرف إلى الثابت من كل وجه وهو الملك بعد العتق، قلنا: ما ذكر الملك [بعد العتق][2] مطلقاً، بل ذكره مقيداً بالحال، عرف ذلك بقوله: أملكه، فلا يمكن صرفه إلى ما بعد العتق. كما لو ذكره مقيداً بالحال صريحاً.

٦٠٥٦ - وفي «المنتقى»: رواية عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمه الله تعالى في «الإملاء»: أنه جعل قوله: كل مملوك أملكه هذا الشهر، أو هذه السنة، فهو حر، بمنزلة قوله: كل مملوك أملكه هذا اليوم من حيث إنه يعتق ما كان في ملكه، وما يستفيده في الوقت الذي سماه.

فإن قيل: في هذا جمع بين الحال والاستقبال، وهما لا يرادان بلفظ واحد، قلنا: ليس كذلك، لأن قوله: أملكه اليوم يتناول القائم في ملكه للحال؛ لأن اليوم اسم للوقت من حين طلوع الشمس إلى وقت غروب الشمس، والبعض منه قد مضى، والبعض منه قائم، واسم اليوم يتناول القائم، فيتناول القائم في ملكه بحكم الحال، ثم الحال يمتد إلى غروب الشمس فيتناول الكل باعتبار امتداد الحال؛ لا لأنه جمع بين الحال والاستقبال.

٦٠٥٧ - وإن قال: كل مملوك أملكه الساعة، فهو حر، فهو على ما في ملكه دون ما يستفيده، وإن قال: كل مملوك أملكه رأس الشهر، فهو حر، فكل مملوك جاء رأس الشهر وهو يملكه، أو يملكه في ليلة رأس الشهر ويومها، فهو حر في قول محمد رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو على ما يستفيده في تلك الليلة ويومها.

٦٠٥٨ - وعلى هذا الاختلاف إذا قال: كل مملوك أملكه غداً، فهو حر، عتق ما اجتمع في ملكه في الغد مما هو في ملكه للحال، ومن يملك غداً في قول محمد رحمه الله تعالى،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف.

(٢) ما بين القوسين مزيد في الأصل فقط.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يعتق ما يستفيده في الغد لا غير.

توجيه قول محمد رحمه الله تعالى، أن قوله: أملكه يتناول الحال حقيقة، فلا يترك حقيقة ما أمكن، وقد أمكن اعتبار حقيقة الحال وإن امتد إلى الغد؛ لأن المرء قد يستعمل بأمر، ويمتد ذلك إلى الغد، فصار الغد في امتداد الحال بمنزلة اليوم، فصار هذا وما لو قال: كل مملوك أملكه اليوم سواء. ولأبي يوسف رحمه الله تعالى: أن الغد من الأوقات القابلة بلا شك. ألا ترى أنك تقول: سأفعل ذلك غداً، وحرف السين لا يدخل إلا على المستقبل، فصار الاستقبال مراداً بهذا اللفظ، فخرج الحال من أن يكون مراداً، بخلاف قوله: كل جارية أملكها اليوم؛ لأن اسم اليوم يتناول القائم بحكم الحال، ثم الحال يمتد إلى غروب الشمس، فيتناول الكل باعتبار امتداد الحال.

٦٠٥٩ - وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه قال في رجل قال: كل مملوك أملك يوم الجمعة، فهو حر، فهذا على ما يملكه يوم الجمعة. ولو قال: كل مملوك لي، فهو حر يوم الجمعة، فهذا على ما في ملكه للحال، ويعتق يوم الجمعة. والفرق أن في المسألة الأولى الوقت دخل على الملك، فانصرف إلى المملوك في ذلك الوقت. وفي المسألة الثانية الوقت دخل على العتق، فبقي قوله: أملكه يتناول الحال، ويصير عتقه مضافاً إلى ذلك الوقت. ولو قال: إذا دخلت الدار، فكل مملوك لي يومئذ فهو حر، فهذا على ما كان في ملكه يوم دخول الدار، سواء كان مملوكاً له يوم اليمين، أو اشتراه بعد اليمين؛ لأن قوله: يومئذ ينصرف إلى يوم الدخول، فإنما أثبت العتق لكل من كان في ملكه يوم الدخول، ولو لم يقل: يومئذ، وباقي المسألة بحالها، فما ملكه بعد اليمين لا يعتق؛ لأن قوله: كل مملوك لي يتناول الحال، والمضاف إلى الدخول في الحرية دون الملك، فقد ثبت عند الدخول الحرية لمن هو مملوك له في الحال. ولو قال: كل مملوك أملكه، فهو حر، إذا جاء غد، فهذا على ما في ملكه في الحال في قولهم جميعاً، بخلاف قوله: كل مملوك أملكه غداً.

٦٠٦٠ - ولو قال: كل مملوك أملك إلى ثلاثين سنة، فهذا على ما يستفيده في الثلاثين بلا خلاف، ولم يدخل ما كان في ملكه يوم اليمين؛ لأن الاستقبال ههنا صار مراداً؛ لأن الحال لا يمتد إلى هذه المدة بيقين، فصار الاستقبال مراداً بهذا اللفظ، فلا يبقى الحال مراداً. وعلى هذا إذا قال: إلى سنة [وعلى هذا إذا قال: إلى ثلاث سنين، أو قال: سنة][1]، أو قال: أبداً،

---

(١) أثبت من ب و ف

الشرط على ملك المولى وهو الأداء فيعتق، فكان في إبقاء الكتابة فائدة.

ولو أدى العبد من مال اكتسب قبل هذا القول عتق؛ لوجود الشرط وهو الأداء، ألا ترى أنه لو أدى من مال غصبه من إنسان يعتق، وطريقه ما قلنا، ورجع المولى عليه بمثله؛ لأن مقصود المولى حث العبد على الاكتساب؛ ليؤدي من كسبه بعد هذا القول، فيملك المولى ما لم يكن مملوكًا له قبل هذا القول، وهذا المقصود لا يحصل متى أدى من كسب اكتسبه قبل هذا القول. ولو أدى من كسب اكتسبه بعد هذا القول، لم يرجع المولى على العبد بشيء لحصول مقصوده، وهو ملك ما لم يكن مملوكًا له قبل هذه المقالة.

٦٠٦٦- ولو قال له: إن أديت إليّ ألف درهم، فأنت حر، فاكتسب بعد هذه المقالة أربعة آلاف درهم وأدى منها ألفًا، كان للمولى أن يأخذ منه الثلاثة الآلاف الباقية؛ لأنه إنما يصير مكاتبًا عند الأداء، فيصير أحق بمكاسبه عند الأداء بقدر المؤدي، كأنه قال له عند الأداء: كاتبتك على نفسك، وعلى كسبك بألف درهم، ولو صرح بذلك دخل في الكتابة ألف واحد، فصار هو أحق بألف واحد، ويكون الباقي للمولى، فكذا هنا.

ولو جاء العبد ببعض الألف يجبر على القبول، فإذا تم عتق وهذا استحسان، والقياس أن لا يجبر على القبول؛ لأنه لا يحصل به العتق.

وجه الاستحسان: أن المولى لا يقصد بهذا الكلام أداء العبد الألف جملة، وإنما يقصد أداءه إليه على التفاريق، فكيف يقصد أداءه إليه جملة، وإن العبد مفلس؟ وإن كان لا يحصل به العتق، هذا لا يدل على أنه لا يجبر على قبوله إذا كان ذلك مقصود المولى، ألا ترى أن المولى إذا قال لعبده: إن أديت إليّ اليوم ألف درهم، وإذا قدم فلان ألف درهم، فأنت حر، فأدى اليوم ألفًا أجبر المولى على القبول وإن كان لا يعتق بأدائه منه؛ لأن المولى قصد ذلك، كذلك هذا.

٦٠٦٧- ولو كان قال لأمته هذه المقالة، فولدت ثم أدت، لم يعتق ولدها؛ لأن هذا التصرف تعليق ويمين ابتداء، وإنما يثبت حكم المعاوضة عند الأداء، وقبل الأداء هو تعليق، فلا يتعدى إلى الولد كسائر التعليقات، ولو حط المولى شيئًا من المال المشروط، لم يعتق بأداء الباقي؛ لأن هذا التصرف في الحال تعليق، والتعليق لا يحتمل حط بعض الشرط، فبقي الشرط أداء الألف بتمامه، ولم يوجد، بخلاف الكتابة؛ لأنها معاوضة للحال، وكان بدل الكتابة واجبًا شرعًا، والواجب شرعًا يحتمل الإسقاط، ألا ترى أنه لو أبرأ المكاتب عن كل بدل الكتابة يصح، وكذا إذا حط البعض، أما هاهنا المال غير واجب؛ ليصح حط بعضه، ولكن

منها قبل ذلك، فإن للمقرض أن يأخذ من المولى الألف التي دفعها العبد إليه، ويضمن المولى للمقرض أيضاً ألف درهم أخرى؛ لأن المولى منع العبد بالعتق من أن يباع بما عليه من الدين. وإن شاء المقرض اتبع العبد بجميع ديونه. ولو أن المولى أخذ من العبد ما اكتسبه العبد بعد هذا القول، من غير أن يؤديه العبد إليه جاز ذلك له؛ لأنه ماله، ولا يعتق العبد لانعدام الشرط.

نوع آخر يتصل بهذا الفصل[1]

٦٠٧٦ - إذا قال لعبدين له: إذا أديتما إليّ ألف درهم، فأنتما حرّان، يعتبر أداؤهما، فلو أداها أحدهما من عند نفسه بأن قال: خمسمائة عني، وخمسمائة [أتبرع بها عن صاحبي، لا يعتقان؛ لأن شرط عتقهما أداؤهما، ولم يوجد الأداء منهما لا حقيقة ولا اعتباراً إلا أن يقول: خمسمائة من عندي، وخمسمائة][2] بعث بها صاحبي، فحينئذ يعتقان؛ لأنه وجد الأداء من أحدهما حقيقة، ومن الآخر اعتباراً؛ لأن فعل الرسول منقول إلى المرسل.

ولو أداها أجنبي لم يعتقا إلا أن يقول: أؤدي الألف لتعتقهما، أو قال: على أنهما حران. فإذا قيل عتقا لا بحكم اليمين الأول، بل لأن الأداء حصل من الأجنبي مقابلاً بعتقهما، وقد رضي المولى به بالقبول، فكان للمؤدي أن يأخذ المال من المولى؛ لأنه أدى ذلك بغير حق؛ لأن بدل العتق لا يجب على غير العبد بالضمان بخلاف بدل الطلاق.

٦٠٧٧ - وفي «الزيادات»: عبد بين رجلين، قال أحدهما لعبد: إن أديت إليّ ألفاً، فأنت حر، فأدى إليه ألف درهم، عتق نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا غير؛ وللشريك الساكت أن يأخذ من المعتق نصف ما أخذ من العبد، ولا يرجع المعتق على العبد بشيء، ولو كان قال: إن أديت إليّ ألفاً، فنصيبي منك حر، فأدى إليه ألف درهم، عتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويأخذ الساكت من المعتق نصف ما أخذ من العبد، ويرجع المعتق على العبد بذلك، بخلاف الفصل الأول.

والفرق: أن في الفصل الثاني المعتق قابل الألف بنصيبه، وقد سلم للعبد نصيبه فيلزمه كل الألف، وفي الفصل الأول قابل الألف بكله العبد، ولم يسلم العبد نصيبه[3] من جهة

---

(١) وفي «ف»: نوع آخر ما يتصل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ف».

(٣) وفي «ف»: جميعه.

المعتق ، فلا يلزمه كل الألف ، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى . فأما على قولهما عتق العبد كله في الفصلين ؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزى ، ويرجع الساكت على المعتق بنصف ما قبض ؛ لأنه كسب عبد مشترك بينهما

وهل يرجع المعتق على العبد بذلك؟ إن كان المعتق موسراً يرجع ، وإن كان معسراً لا يرجع ؛ لأنه إذا كان موسراً ، فجميع الرقبة تسلم للعبد من جهته ، فكان له أن يرجع على العبد بجميع الألف . وأما إذا كان معسراً لم يسلم للعبد من جهته إلا نصف الرقبة معنى ؛ لما استسعاه الساكت في نصيبه ، فلا يسلم للمعتق جميع الألف أيضاً .

نوع آخر يتصل بهذا الفصل[1]:

٦٠٧٨ - إذا قال لعبده في صحته : إن أعتقت عني عبداً ، فأنت حر ، فإن العبد يصير مأذوناً في التجارة ؛ لأن تعليق العتق بالإعتاق إطلاق في الإعتاق ، وإنه يقتضي الإذن في التجارة ، وينصرف إلى العبد الوسط ، وهذا وقوله : إن أديت إلي عبداً سواء . بيانه : أن المولى علق عتق العبد بتمليك العبد عبداً من المولى ، فإن معنى قوله : إن أعتقت عني عبداً : إن ملكت عبداً مني ، وأعتقته [بنيابتي][2] ، فأنت حر ، فهو معنى قولنا : إن هذا وقوله : إن أديت إلي عبداً سواء ، وذلك ينصرف إلى الوسط ، كذا ههنا .

٦٠٧٩ - فإن اشترى هذا العبد عبداً وسطاً ، أو وهب له عبداً وسطاً فأعتقه عن مولاه جاز ؛ لأنه أعتقه بطريق النيابة عن المولى ، فكأن المولى أعتقه بنفسه ، وعتق هذا العبد أيضاً ؛ لوجود شرطه . ولو اشترى عبداً مرتفعاً ، أو عبداً دون الوسط ، وأعتقه عن مولاه ، لم يجز إعتاقه ؛ لأن إعتاق العبد عبداً من كسبه إنما يصح بطريق النيابة عن المولى ، ولا نيابة في إعتاق هذا العبد . ولا يعتق هذا العبد أيضاً ؛ لانعدام الشرط . وهذا وقوله : إن أديت إلي عبداً سواء .

٦٠٨٠ - وكذلك إذا قال : أعتق عني عبداً وأنت حر ، فهذا وما لو قال : إن أعتقت عني عبداً سواء ؛ لأن جواب الأمر بحرف الواو ، وجواب الشرط بحرف الفاء سواء .

٦٠٨١ - ولو قال : إن أعتقت عبداً ، فأنت حر ، أو قال : أعتق عبداً ، وأنت حر ، ولم يقل : عني ، فأعتق عبداً وسطاً . فالقياس أن لا يصح إعتاقه ، ولا يعتق هو أيضاً ؛ لأنه لما

---

(١) وفي ف : نوع آخر لا يتصل.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي في متناول أيدينا ، وكان في الأصل : مني .

لم يقل : عني ، كأن هذا تعليق عتقه بإعتاق عبده عن نفسه ، وهذا شرط لا يكون . وفي الاستحسان : يصح ويعتق هو أيضاً ، ويدرج كلمة عني تصحيحاً للأمر بالإعتاق .

وإن كان المولى قال : ذلك في مرضه ، وأعتق المأمور عبداً وسطاً عن المولى ، يصح إعتاقه استحساناً ، وعتق المأمور لوجود الشرط ثابتاً . وإذا مات المولى بعد ذلك من مرضه ذلك ، ينظر إلى قيمة العبد [المأمور وإلى قيمة العبد الذي أعتقه ، فإن كان قيمة العبد][1] الذي أعتقه مثل قيمة المأمور أو أكثر ، فلا سعاية على العبد المأمور ؛ لأن عتقه حصل بعوض يعدله أو يزيد عليه ؛ لأن تقدير كلامه : ملكني عبداً وأعتقه عني ، وعلى العبد الذي أعتقه السعاية في ثلثي قيمته ، إذا لم يكن للمولى مال آخر ؛ لأنه إنما أعتق من جهة المولى ؛ لأن المأمور أعتقه بنيابة المولى ، وكان المولى أعتقه بنفسه ، والإعتاق في مرض الموت إذا كان بغير عوض يعتبر من الثلث . ولو كان قيمة العبد الذي أعتقه دون قيمة العبد المأمور ، فبقدر قيمة العبد الذي أعتقه من العبد المأمور عتق بعوض يعدله ، فلا يعتبر فيه حكم الوصية ، وما زاد على ذلك عتق بغير عوض ، فيعتبر فيه حكم الوصية . والعبد الذي أعتقه عتق كله بغير عوض ، فيعتبر فيه حكم الوصية ، حتى إنه إذا كان قيمة العبد المأمور مثلاً ستين ، وقيمة العبد الذي أعتقه أربعون ، ولا مال له غيرهما ، فبقدر ثلثي المأمور عتق بعوض ، ولا وصية فيه ، وثلث المأمور عتق بغير عوض ، فيعتبر فيه الوصية . والمعتق عتق كله بغير عوض ، فيعتبر فيه الوصية ، فينظر إلى ثلث مال الميت ، وينفذ وصيته[2] من ثلثه ، ومال الميت ثلث العبد المأمور وقيمته عشرون ، وجميع العبد المعتق وقيمته أربعون ، فجملته ستون ثلثه وهو عشرون يقسم ذلك بينهما على قدر وصيتهما ، ووصية المأمور بقدر عشرين ، ووصية المعتق بقدر أربعين ، ويقسم الثلث وذلك عشرون بينهما أثلاثاً ، ثلثه للعبد المأمور ، وثلثاه للعبد المعتق ، فيعتق من العبد المأمور[3] بحكم الوصية ستة وثلثان ، ويسعى فيما بقي من رقبته وذلك ثلاثة عشر وثلث ، ويعتق من العبد المعتق بحكم الوصية ثلاثة عشر وثلث ، ويسعى فيما بقي من رقبته وذلك ستة وعشرون وثلثان ، فيسلم لهما بحكم الوصية عشرون ، ويسلم للورثة بطريق السعاية أربعون ، فيقسم الثلث وثلثان .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف .

(٢) وفي "ب" و "ف" : وينفذ وصيتهما فيه ، ومال الميت ثلث العبد المأمور .

(٣) وفي "ب" و "ف" : من العبد المعتق .

٦٠٨٢ - ولو قال له: أعتق عني عبدًا بعد موتي، وأنت حر، فهذا والذي في حال الحياة وهي المسألة الأولى سواء، إلا في خصلة واحدة وهي أنه إذا أعتق المأمور عبدًا وسطًا عن المولى بعد موت المولى، لا يعتق العبد المأمور إلا بإعتاق الورثة، أو الوصي، أو القاضي. ففي حالة الحياة إذا أعتق المأمور عبدًا وسطًا عن المولى، يعتق المأمور من غير أن يحتاج فيه إلى إعتاق أحد.

والفرق: أنّ العبد المأمور بموت المولى ينتقل إلى ورثته؛ لأن الثابت في حقه للحال مجرد التعليق، ومجرد التعليق لا يمنع الإرث، وبعد ما صار مملوكًا للوارث لا يمكن تنفيذ العتق فيه بإعتاق المولى، لكن يثبت للمأمور بهذا التصرف استحقاق العتق عند إعتاقه عبدًا من المولى، لكن يثبت للمأمور كما أمره المولى، وينتقل إلى الورثة بهذه الصفة كالعبد المرهون ينتقل إلى الورثة على الصفة التي كان في ملك الراهن مشغولا بحق المرتهن، فإذا بقي استحقاقه وجب على من قام مقامه من وارث، أو وصي، أو قاض، إعتاقه عند إعتاقه عن المولى. أما في حال الحياة أمكن تنفيذ العتق من جهة المولى؛ لبقاء ملكه، فلا حاجة إلى إنشاء العتق عند وجود الشرط من جهة أحد، فإن قالت الورثة للمأمور: أعتق عبدًا وإلا بعناك، لا يلتفت إلى ذلك، ولا يثبت للعبد استحقاق العتق عند إعتاقه عبدًا عن الميت، وليس للورثة إبطال حق العبد.

وفرّق بين الورثة وبين المولى، فإنّ المولى في حال حياته يملك بيعه، والورثة لا يملكون ذلك بعد وفاته. والفرق أنّ هذا الحق لم يظهر في حق المولى؛ لأن الحقيقة ثابتة للمولى مطلقًا، فلو ظهر أثر هذا الحق في حق المولى، يبطل أثر حقيقته وإنه لا يجوز. أما في حق الورثة لو ظهر أثر هذا الحق، لا يؤدي إلى إبطال أثر الحقيقة؛ لأن الحقيقة قد ثبتت للورثة بهذه الصفة، ولكن يرفعون الأمر إلى القاضي فيمهله القاضي ثلاثة أيام أو نحو ذلك على حسب ما يرى؛ لأن تركه موقتًا كذلك يبطل حق الورثة، والتعجيل للحال يبطل حق العبد؛ لأنه عسى لا يقدر على الإعتاق في الحال، فيجب على القاضي مراعاة الحقين وذلك فيما قلنا.

وإن عتق المأمور عبدًا وسطًا في المدة التي أمهله القاضي، أعتقه وإلا يرده إلى الورثة، وأمرهم ببيعه، وقضى بإبطال وصيته.

٦٠٨٣ - ولو كان المولى قال لورثته: إذا أعتق عبدي عني عبدًا بعد موتي فأعتقوه، فهذا وما لو قال لعبده: أعتق عني عبدًا بعد موتي، وأنت حر سواء؛ لأن في الموضعين جميعًا لا يعتق العبد بإيجاد الشرط ما لم يعتقه من قام مقام الميت، هذه الجملة من "الزيادات".

٦٠٨٤ - وفي الأصل: إذا قال المولى لعبده: أنت حر على أن تخدمني سنة، فقبل

العبد[1] ذلك، عتق كما لو قال له: أنت حر على ألف درهم، فقبل؛ فإن مات المولى في نصف السنة فالمولى أن يأخذوا العبد بما بقي من السنة من قيمة العبد، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى آخراً، وقال محمد وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أولاً: يرجع بما بقي من قيمة الخدمة.

وفائدة هذا الخلاف إنما تظهر إذا اختلف فيه قيمة العبد وقيمة الخدمة، بأن كان قيمة العبد ألف درهم، وقيمة الخدمة سنة خمسمائة، فمن قال: يرجع بما بقي من قيمة العبد، يقول: يرجع بخمسمائة. ومن قال: يرجع بقيمة الخدمة، يقول: يرجع بمائتين وخمسين.

٦٠٨٥ - وإذا قال لعبده: أخدم ولدي سنة، ثم أنت حر، أو قال: إذا خدمتني وإياهم سنة، فأنت حر، فخدمهم سنة، عتق لوجود الشرط، فإن مات المولى قبل السنة لم يعتق لفوات بعض الشرط وهو خدمة المولى، ولو شرط المولى خدمة نفسه ومات، بطل اليمين.

٦٠٨٦ - وفي «المنتقى»: إذا قال لجاريته: أنت حرة على أن تخدمي فلانة، فقبلت، فهي حرة، وعليها أن ترد قيمتها [لأن الخدمة مجهولة. ولو قال: على أن تخدمي فلانة شهراً، فقبلت حتى عتقت، ثم لم تخدم فلانة، قال أبو يوسف: ترد قيمتها][2]، وقال محمد رحمه الله تعالى: ترد قيمة خدمتها شهراً.

٦٠٨٧ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لعبده: أنت حر على أن تخدم فلاناً سنة، فالقبول إلى فلان. فإن قبل عتق، وإن لم يخدمه رد قيمته.

٦٠٨٨ - وروى بشر عنه أيضاً: إذا قال له: أخدمني سنة، فأنت حر، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يعتق الساعة، ولا شيء عليه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يعتق إلا بالخدمة قبل أو لم يقبل. ولو لم يقل سنة، فخدمه شيئاً يسمى خدمة، عتق عند أبي يوسف رحمه الله تعالى.

٦٠٨٩ - وفي «المنتقى»: لو قال: أنت حر واخدمني سنة، أو قال: أنت حر، وأعطني ألفاً، فإن قبل ذلك، فهو حر الساعة، وعليه أن يخدمه سنة، إن كان العتق على الخدمة، وإن كان العتق على ألف، فعليه أن يعطيه الألف.

٦٠٩٠ - وفي «مجموع النوازل»: إذا قال لعبده: أنت حر وأدّ إلي ألف درهم، فهو

(١) وفي «ظ» و «ف»: فقبل العبد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و «ف».

حر، ولا شيء عليه. ولو قال: أدِّ إليَّ ألف درهم وأنت حر، لا يعتق ما لم يؤدِّ ألف درهم، هكذا ذكر في الفصل الثاني من "الزيادات".

٦٠٩١ - إذا قال لأمته عند وصيته: إذا خدمت ابني وابنتي حتى استغنيا، فأنت حرة، فإن كانا صغيرين تخدمهما حتى يدركا؛ لأن استغناء الصغير لهذا. وإن أدرك أحدهما دون الآخر تخدمهما جميعاً حتى يدرك الآخر. وإن كانا كبيرين تخدم البنت حتى تزوج، والابن حتى يحصل للابن ثمن جارية؛ لأن استغناء الكبيرين بهذا. وإذا زوجت الابنة، وبقي الابن تخدمهما جميعاً؛ لأن الشرط خدمتهما حتى يستغنيا. وإن مات أحدهما وهما صغيران أو كبيران بطلت الوصية؛ لانعدام الشرط وهو خدمتهما حتى يستغنيا.

٦٠٩٢ - وعن الحسن بن أبي مطيع رحمه الله تعالى: في رجل قال لمملوكه: أخدم ورثتي بعد موتي سنة، ثم أنت حر، فمات بعض الورثة قال: يعتق العبد من الوقت الذي قال له الميت؛ لأن خدمة الورثة ليست بوصية صحيحة لهم، إنما هذا شيء استثناه من هذا العبد، وهذا الجواب يخالف ما ذكرنا من الجواب في قول المولى للعبد: إذا خدمتني وولدي سنة، فأنت حر.

٦٠٩٣ - وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: عن رجل قال لعبده: صم عني يوماً وأنت حر، أو قال: صل عني ركعتين وأنت حر؟ قال: يعتق العبد صام أو لم يصم، صلى أو لم يصل، ولو قال: حج عني حجة وأنت حر، لا يعتق حتى يحج عنه. وأشار الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى إلى الفرق، فقال: الصوم والصلاة لا مؤنة فيهما، فلا يدل على اشتراطه ذلك بدلاً، والحج فيه مؤنة فيدل على اشتراطه ذلك بدلاً عنه، كما في قوله: خط هذا الثوب ولك درهم.

٦٠٩٤ - وفي "المنتقى": إذا قال لعبده: أنت حر على أن تحج عني حجة، فلم يحج فعليه قيمة حجة وسط. وفي "شرح الزيادات": إذا قال له: حج عني في حياتي، فأنت حر، أو قال: إذا حججت عني في حياتي فأنت حر، لا يصح هذا التعليق أصلاً. وإذا قال له: أدِّ إليَّ ألفاً أحج بها وأنت حر، أو قال: إذا أديت إليَّ ألفاً أحج بها، فأنت حر، فأدى الألف يجبر المولى على القبول [وإذا قبل عتق حج أو لم يحج. ولو قال: إذا أديت إليَّ ألفاً، فحججت بها، فأنت حر، فأدى الألف لا يجبر المولى على القبول][١]، وإذا قبل لا يعتق حتى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يحج بها.

٥٠٩٦ - ولو قال له: حج عني بعد موتي حجة وأنت حر، فعليه أن يحج حجة وسطًا من منزل المولى، فإذا حج لا يعتق ما لم يعتقه الورثة، أو الوصي، أو القاضي. ولو قال له: ادفع إلى وصيي بعد موتي قيمة حجة حج بها عني، وأنت حر، ينصرف هذا إلى قيمة حجة وسط من منزل الميت، فإذا دفع العبد ذلك إلى الوصي عتق العبد حج بها الوصي أو لم يحج. ولو قال: إذا دفعت إلى وصيي بعد موتي قيمة حج يحج بها عني، فأنت حر، فأداها إلى الوصي لا يجب إعتاقه حتى يحج بها الوصي.

الفصل الرابع في العتق المبهم

يجب أن يعلم بأن إعتاق المولى أحد عبديه لا بعينه صحيح؛ لأن الإعتاق مما يقبل التعليق بالشرط، وما يقبل التعليق بالشرط يصح إيجابه في المبهم والمجهول؛ لأن الإيجاب في المجهول في حق المعين بمنزلة التعليق بالبيان، ويثبت للمولى خيار التعيين؛ لأن الإبهام كان من جهته، وسواء قال: أحدكما حر، أو قال: هذا حر أو هذا؛ لأن كلمة «أو» إذا دخلت بين اسمين تناول أحدهما فكان هذا، وقوله: أحدكما حر سواء. وإذا خاصم العبدان المولى إلى الحاكم، أجبره الحاكم على أن يوقع العتق على أحدهما؛ لأن كل واحد منهما تردد حاله بين الحرية والرقية، فصار المولى غير متمكن من استرقاقهما، فإذا اختار أحدهما وقع العتق عليه حين اختار.

قال محمد رحمه الله تعالى: وهما قبل ذلك بمنزلة العبدين ما دام خيار المولى قائمًا، قوله: وهما قبل ذلك بمنزلة العبدين، يشير إلى أن العتق المبهم غير نازل.

٦٠٩٦- واعلم بأن المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا أن الإيجاب المبهم من الطلاق والعتق، هل هو نازل في المحل أم لا؟ وأن البيان فيما بعد هو بالإنشاء أو بالإظهار؟ وإنما اختلفوا لاختلاف ألفاظ محمد رحمه الله تعالى في الكتب، ولتعارض الأحكام.

٦٠٩٧- بيان اختلاف الألفاظ: قال في بعض المواضع: يأمر الموجب بالإيقاع، فيقول(١) له: أوقع، وهذا إشارة إلى أن الإيجاب المبهم غير نازل، وأن البيان إيقاع. وفي بعض المواضع يأمره بالبيان، فيقول: [يقال](٢) له بيّن، وفي هذا إشارة إلى أن الإيجاب المبهم نازل، وأن البيان إظهار.

والأحكام متعارضة، فقد ذكر في نكاح الأصل فيمن كان تحته أربع نسوة كوفيات، لم يدخل بواحدة منهن، فقال: إحداكن طالق، ثم تزوج مكية جاز، وهذا إشارة إلى أن الطلاق المبهم نازل، إذ لو لم يكن نازلاً كانت المكية خامسة، فينبغي أن لا يجوز نكاحها.

٦٠٩٨- وذكر في «الزيادات»: رجل له امرأتان رضيعتان، قال: إحداهما طالق

---

(١) وفي ـــ: يقال مكان يقول.

(٢) وفي ـــ: يقال مكان يقول.

ثلاثاً، ولم يبين الطلاق في إحداهما، حتى جاءت امرأة وأرضعتهما ثم بانتا، وهذه إشارة إلى أن الإيجاب المبهم غير نازل، إذ لو كان نازلاً كانت الأجنبية طارئة بعد بينونة إحداهما، وإنها لا توجب الحرمة الثابتة بعد هذه.

قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى: في المسألة روايتان، على رواية الزيادات الإيجاب المبهم غير نازل في المحل، وعلى رواية الأصل نازل. وبعضهم قالوا: المذكور في الزيادات قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والمذكور في الأصل قولهما. وبعضهم قالوا: الإيجاب المبهم في الطلاق والعتاق لا ينزل في المحل أصلاً بلا اتفاق، إلا أن يوجد من الموقع فعل يصير به موقعاً للعتق، كما في العبدين يبيع أحدهما، أو يهب أو يتصدق، وفي الجاريتين إذا وطئ إحداهما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

وإذا ثبت هذا فنقول: في مسألة النكاح وجد من الزوج فعل يستدل به على إيقاع الطلاق في العين، وهو إقدامه على نكاح الكبيرة، لأن الظاهر من حال العاقل المسلم أن يقصد بتصرفه الصحة، ولا صحة لنكاح الكبيرة دون الوقوع على إحدى الكوفيات، فصار موقعاً للطلاق على إحدى الكوفيات عينه. وفي مسألة الزيادات لم يوجد من الزوج بعد قوله: إحداكما طالق، فعل يستدل به على البيان، فكان النكاح باقياً فيهما من كل وجه، ووجد الارتضاع بعده وهما منكوحتان له، فبانتا.

وعامتهم على أن الإيجاب المبهم نازل من وجه دون وجه؛ لأن قوله: إحداكما نكرة في الأصل، فإن قوله: إحدى اسم نكرة، معرفة باعتبار الإضافة، وإنه أضاف إليهما وهما معرفتان، والمضاف إلى المعرفة معرفة، فكان معرفة من وجه دون وجه، فكان البيان إنشاء من وجه، إظهاراً من وجه.

بعد هذا اختلفوا فيما بينهم، بعضهم قالوا: يعتبر جهة الإنشاء في محل التهمة [وجهة الإظهار في غير محل التهمة](١). وبعضهم قالوا: يعتبر جهة الإظهار في حق حكم يختص بالموقع، وجهة الإنشاء في حق حكم يختص بالمحل(٢)؛ إذ لا تنكير في جانب الموقع، وإنما التنكير في جانب المحل، فكان نازلاً في حق الموقع، غير نازل في حق المحل، وكل حكم يختص بالموقع كالطلاق والعتاق يكون نازلاً فيه، فيصير البيان فيه إظهاراً، وكل حكم يختص

(١) أثبت من ط، ب.

(٢) في ب: ... في حق حكم يختص بالمحل، وهو لا يصح؛ لأن الإيجاب المبهم نازل في حق الموقع غير نازل في حق المحل ... إلخ.

يخرج عن هذه المسائل

٦١٠٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: رجل قال لعبديه: أحدهما حر، ثم باع أحدهما أو مات أحدهما عتق الآخر. أما إذا مات أحدهما عتق الآخر؛ فلأنه بالموت لم يبق محلاً لإنشاء العتق، فلا يبقى محلاً للبيان؛ لأن البيان إنشاء في حق محل العتق، وإذا لم يبق الميت محلاً للبيان، يعتق الحي ضرورة.

٦١٠١ - وروي عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن قال: أحدهما ابني، أو إحدى جاريتي أم ولدي، فمات أحدهما لم يتعين الباقي للحرية والاستيلاد؛ لأن هذا إخبار عن أمر سابق، والإخبار يصح في الحي والميت جميعاً بخلاف البيان؛ لأنه في حكم الإنشاء، فلا يصح إلا في الحي.

ولو مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد نصفه، ولا خيار للوارث؛ لأن خيار [التعيين تصرف في اللفظ، والوارث لا يقوم مقامه فيما يرجع إلى التصرف في اللفظ][1].

٦١٠٢ - بخلاف خيار التعيين في باب البيع، فإنه إذا اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار، يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر، ثم مات قبل التعيين كان الخيار للوارث؛ لأن هناك الإرث يجري في علة الخيار، وهو ملك أحدهما مجهولاً، فإن الوارث يقوم مقام المورث في الملك، ثم الخيار يثبت ابتداء بناء على هذه العلة. أما ههنا نفس الخيار لا يورث، وعلته إيجاب العتق في المجهول، وهذا أيضاً لا يجري فيه الإرث، وإذا بطل ولاية الخيار فات البيان، ويعتق العتق لا بجهة له، وليس أحد العبدين بأولى من الآخر، فلم يبق هنا وجه سوى الشيوع.

أما إذا باع أحدهما، أو كاتبه، أو رهنه، أو دبره، أو استولد أحدهما، أو باع بشرط الخيار لنفسه، أو المشتري، أو باع بيعاً فاسداً، أو لم يسلم، أو سلمه، أو ساومه، أو أوصى به، أو آجره، أو زوج أحدهما، أو حلف على أحدهما بالحرية إن فعل شيئاً، فهذا كله اختيار للعتق في الآخر.

٦١٠٣ - والأصل أن التعيين كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة، وقد وجد ههنا دلالة التعيين؛ لأن هذه التصرفات لا تصح إلا في المملوك بعد اليمين، فصار الإقدام على هذه التصرفات بياناً منه دلالة؛ لأن هذا المحل مملوك ملك يمين، ومن ضرورته تعيين الآخر

(١) أثبت من ب، ر، م

التصرفات في إفادة الملك على [التعيين][1]، فقبل ذلك كانا على حكم ملك المولى، فيشيع العتق فيهما لموته فيبطل هذه التصرفات في إفادة الملك على التعيين.

٦١٠٨ - ولو باعهما من رجل صفقة واحدة فسلمهما إليه، فأعتقهما المشتري، أجبر البائع على البيان؛ لأن خيار البائع في البيان لم يبطل ببيعهما، ولا بإعتاق المشتري إياهما؛ لأن المشتري قبضهما بحكم عقد فاسد، وأحدهما حر والآخر عبد، فهلك العبد منهما بالقيمة أو لجهالة، لا يتم الملك الفاسد بالبيع. فإذا عين البائع العتق في أحدهما، تعين الملك الفاسد بالبيع في الآخر، وعتق الآخر على المشترى بالقيمة.

٦١٠٩ - فإن مات البائع قبل البيان، يقال للورثة: بينوا؛ فإذا بينوا عتق الآخر على المشتري، ولا يشيع العتق فيهما؛ لأن الملك زال عن العبد منهما بالبيع الفاسد، فتعذر القول بالشيوع، وبقي الخيار، فقام الوارث مقام المورث؛ وليس يثبت الخيار للوارث في هذه الصورة بطريق الإرث، وإنما يثبت له الخيار ابتداء؛ لأنه استحق قيمة أحد العبدين، فكان لهم التعيين كما قلنا فيمن باع أحد العبدين على أنه بالخيار، وقبضهما المشتري فماتا في يده، ثم مات البائع كان لورثة البائع خيار التعيين.

٦١١٠ - وإن لم يعتقهما المشتري، ولكن مات البائع، لم يشيع العتق فيهما؛ لأن الملك زال في العبد منهما بالبيع الفاسد، فلا يمكن القول بالشيوع، إلا أن العقد الفاسد يستحق نقضه، فعند القبض يعود العبد إلى قديم ملك البائع، ويشيع العتق فيهما بموت البائع قبل البيان. وأما قبل القبض فبقي العبد على ملك المشتري، فلا يمكن القول بشيوع العتق.

٦١١١ - ولو قتلهما رجل معًا، فعلى القاتل نصف قيمة كل منهما للمولى [ونصف دية كل واحد منهما لورثتهما، هكذا ذكر في بعض الكتب][2]. وذكر في الأصل: عليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر؛ وهذا لأن العتق نزل في المنكر والمنكر فيهما، فقد قتل عبداً وحراً، إلا أن محمداً أضاف القيمة إلى كل واحد، ولم يضف الدية إلى كل واحد؛ لأن دية الحر لا تتفاوت، فأما القيمة متفاوتة، فلو قال: عليه دية حر وقيمة عبد، فالجاني يدفع أقل القيمتين، والمولى يطالبه بأكثرهما، فأوجب النصف من قيمة كل واحد منهما قطعًا للمنازعة، إلا أن القيمة تجب للمولى؛ لأنها وجبت بإزاء العبد، والدية بدل الحر فيكون لورثتهما.

---

(١) هكذا في "ب"، وكان في الأصل و"ظ": اليقين.

(٢) أثبت من "ظ" و"ب".

٦١١٢ - فإن قتل أحدهما بعد الآخر ، فعلى القاتل نصف قيمة الأول ودية الثاني ؛ لأن الأول بالقتل خرج من أن يكون مزاحما للثاني ، فتعين الثاني للحرية ، فحصلت الجناية عليه بعد الحرية ، فيجب ديته .

٦١١٣ - وإن قتل كل واحد منهما رجل معًا ، فعلى كل واحد من القاتلين قيمة عبد ؛ لأن قتل كل واحد منهما صادف المتعين ، والعتق في حق المعين[1] يتعلق بالبيان بخلاف ما إذا قتلهما رجل واحد ؛ لأن العتق نازل في المنكر والمنكر فيهما ، لا في كل واحد منهما بعينه . وإذا قتلهما رجل واحد ، صار قاتلا عبدًا ، فيجب على كل واحد منهما قيمة عبد ، ويكون نصف ذلك للورثة ، والنصف للمولى ؛ لأن في حق المولى الحرية نازلة فلا يستحق بدلها ، فيوزع ذلك نصفين .

٦١١٤ - ولو قتل كل واحد منهما رجلا على التعاقب ، فعلى الأول قيمة المقتول الأول للمولى ، وعلى الثاني دية المقتول الثاني لورثته .

٦١١٥ - ولو قطع رجل يد كل واحد منهما معًا ، أو أحدهما بعد الآخر ، كان عليه أرش العبد فيهما جميعًا ، بخلاف ما إذا قتلهما رجل واحد ، فقد جعل الواحد في القتل إذا قتلهما معًا ، قاتلا للمقتول [المجهول][2] الذي هو حر ، ولم يجعل الواحد في القطع إذا قطع يدهما قاطعا للمجهول الذي هو حر ، والفرق أن المقطوع يده بالقطع لم يخرج من أن يكون محلا للبيان ، فيجبر المولى على البيان ، ومتى بيّن العتق في أحدهما يصح بيانه في حق الأصل ؛ لأنه قائم في حق اليد بطريق التبعية ، إذ الأطراف تبع ، ولأنه اعتبر للتبع شرائط الأصل .

وإذا صح البيان في اليد والأصل جميعًا ، والبيان في حكم الإنشاء من وجه ، وفي حكم الإظهار من وجه لا يجب في الذي بين العتق فيه زيادة على نصف القيمة بالشك ، وبقي الآخر عبدًا ابتداء وانتهاء ، فلم يصر القاطع قاطعًا يد حر مجهول ، وفي القتل لما لم يبق ولاية البيان بقي الحر مجهولا كذلك ، وقد صار قاتلا لذلك المجهول متى قتلهما معًا ، فكان عليه دية حر ونصف قيمة كل واحد منهما ، وما اكتسب من المال قبل التعيين ، فهو للمولى ؛ لأن الكسب يجوز أن يملكه من لا يملك الأصل ، والأرش لا يملكه إلا مالك الأصل ؛ فإذا استحق المولى الأرش ؛ لأنه يملك الكسب كان أولى .

---

(١) هكذا في "ب" و "ف" ، وكان في الأصل و "ظ" : صادف المعتق والعتق في حق المعتق يتعلق بالبيان .

(٢) أثبت من "ب" و "ف" .

٦١٦٦ - فإن كانتا أمتين، فولدت كل واحدة منهما ولداً، أو ولدت إحداهما، فإنه يعتق الولد الذي يختار المولى إيقاع العتق عليه؛ لأن كل واحدة منهما تردد أمرها بين الرق والحرية، فصارت في معنى مكاتبة، والمكاتبة يعتق ولدها بعتقها.

٦١٦٧ - ولو مات الأمتان معاً، أو متعاقباً، يخير المولى في أن يوقع العتق على أي الولدين شاء؛ لأن الولد جزء الأمتين، فقام مقام الأمتين، ولا يرث الابن المعتق شيئاً - يريد به أن الابن الذي عينه للعتق بعد قتل الأمتين، لا يرث من مال الأم شيئاً - لأن هذا الولد إنما عتق بالتعيين، وذلك متأخر عن قتل الأم، فلهذا لا يرث شيئاً.

٦١٦٨ - وإن مات أحد الولدين حال حياة الأمتين لم يلتفت إلى ذلك؛ لأن الأمتين لما كانتا قائمتين كان خيار التعيين باقياً ببقاء الأصلين، فلا يؤثر موت أحد الولدين في تعيين الآخر للحرية، بخلاف ما إذا مات أحد الولدين بعد موت [الأمتين]؛ لأن بعد موت الأمتين[1] الخيار يتأتى باعتبار الولدين، فصار موت أحدهما في هذه الحالة كموت إحدى الجاريتين حال بقائهما، وهناك تعين الآخر للعتق، فكذا إذا مات أحد الولدين بعد موت الجاريتين، بخلاف ما إذا مات أحد الولدين والجاريتان قائمتان.

٦١٦٩ - وفي «الجامع»: إذا قال الرجل لعبدين له: إذا جاء غد، فأحدكما حر، ثم مات أحدهما اليوم، أو أعتقه، أو باعه، أو وهبه وقبضه الموهوب له، ثم جاء الغد يعتق الثاني. وكان ينبغي أن لا يعتق الثاني هنا من غير نية؛ لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، ولو أرسل بعد مجيء الغد، فقال: أحدكما حر، وقد مات أحدهما، أو زال عن ملكه بما ذكرنا من الأسباب، لا يعتق الثاني من غير نية، كذا هنا.

والجواب أن الإيجاب هنا قد صح لكون العبد في ملكه ووقعت الحاجة إلى بقاء الإيجاب، والبقاء يستدعي قيام محل الحكم، وأحدهما بعينه يصلح محلاً له، ألا ترى أن هذا الاسم قد ينطلق عليه، وأنه يصح صرف الإيجاب إليه، فاستقام القول ببقاء الإيجاب، وإذا بقي الإيجاب، ولا مزاحم للثاني يتعين الثاني، وصار تقدير المسألة: إذا جاء غد، وأحدكما في ملكي، فهو حر.

أما ابتداء الإيجاب بعد ما مات أحدهما أو زال عن ملكه لا يصح لعدم شرطه، وهو مزاحمة الآخر؛ لأن الإبهام لا يصح إلا بمزاحم، وهو نظير ما لو قال لمطلقة: أنت بائن،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

ونوى به الطلاق لا يقع به شيء. ولو علق الإبانة بالشرط، ثم خالعها، ثم وجد الشرط وقع عليها تطليقة بائنة. والمعنى ما ذكرنا.

٦١٢٠ - فإن قال المولى قبل مجيء الغد: اخترت أن يقع العتق إذا جاء الغد على هذا العبد بعينه كان باطلاً؛ لأن في تعيين أحدهما قبل مجيء الغد تغيير اليمين؛ لأن اليمين انعقدت على أن يعتق عند مجيء الغد أحدهما لا بعينه. ولو صح هذا التعيين عتق عند مجيء الغد أحدهما بعينه، والحالف لا يملك تغيير موجب اليمين كما لا يملك إبطاله، وكان بمنزلة من لو حلف لا يكلم أحد هذين الرجلين، ثم عيّن أحدهما لليمين لا يصح، حتى لو كلّم الذي لم يعينه يحنث في يمينه، والمعنى ما ذكرنا. وكان القياس فيما إذا كان العتق على هذا الوجه مرسلاً أن لا يملك تعيين العتق في أحدهما بعينه لما فيه من تغيير موجب اليمين، لكن تركنا القياس ثمة ضرورة إمكان العمل بالعتق الواقع من ولاية الشهادة والقضاء، وتكميل ما يقبل التنصيف من الحدود وغير ذلك؛ لأن العمل بهذه الأحكام لا يمكن إلا بعد تعيين أحدهما، وهذه الضرورة معدومة في المعلق؛ لأن العتق المعلق غير نازل قبل وجود الشرط.

فإن قيل: أليس أن قبل مجيء الغد ملك التعيين بالبيع؛ فإنه إذا باع أحدهما تعين الآخر للعتق، وإن كان فيه تغيير موجب اليمين؟

قلنا: هناك إنما يثبت التعيين حكماً لنفاذ البيع في أحدهما، إذ الموجب للنفاذ قائم وهو الملك، والشيء قد يثبت حكماً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً على ما عرف.

٦١٢١ - وفي "الجامع" أيضاً: إذا قال الرجل لعبدين له: إذا جاء غد فأحدكما حر، ثم باع أحدهما، ثم اشتراه قبل مجيء الغد [أو باعهما، ثم اشتراهما قبل مجيء الغد](١)، ثم جاء الغد عتق أحدهما. والبيان إليه.

٦١٢٢ - ولو باع أحدهما، ثم اشتراه قبل مجيء الغد، ثم باع الآخر، ولم يشتره حتى جاء الغد عتق الذي في ملكه عند مجيء الغد، ولا يبطل اليمين بالبيع؛ لأنه لو بطل بطل من حيث إن بالبيع يزول الملك، ولا وجه إليه، إما لأن اليمين انعقدت بالرق والملك جميعاً، فلا يبطل بزوال أحدهما وهو الملك، أو لأن قيام الملك إنما يشترط حال انعقاد اليمين، وحال نزول الجزاء فيما بين ذلك. وإذا لم يبطل اليمين ينظر إلى حال وجود الشرط، وحال نزول الجزاء، فإن كانا في ملكه عتق أحدهما غير عين، لقيام المزاحمة وصحة البيان. وإن كان

---

(١) أثبت من ب، ز، ف.

أحدهما في ملكه تعين هو للعتق؛ لعدم المزاحم.

٦١٢٣- ولو باع نصف أحدهما، ثم جاء الغد عتق الكامل؛ لأنه لا مزاحم؛ لأن نصف العبد لا يزاحم العبد الكامل في استحقاق اسم الأحد.

٦١٢٤- ولو باع نصف كل منهما، ثم جاء الغد عتق أحدهما، والبيان إليه؛ لأنهما استويا من حيث إن اسم الأحد لا يطلق على كل واحد منهما من طريق الحقيقة، واستويا من حيث إن كل واحد منهما بعض الأحد، واسم الأحد إن كان لا يطلق على النصف من حيث الحقيقة (١) يطلق عليه من طريق المجاز، بطريق إطلاق اسم الكل على البعض، وإذا لم يبق في ملكه ما يطلق عليه هذا الاسم من طريق الحقيقة وقع على المجاز، وهما في ذلك على السواء؛ فيعتق أحدهما، ويكون البيان إليه.

فإن قيل: ينبغي أن يبطل اليمين هنا؛ لأن المعقود عليه قد فات؛ لأن اليمين انعقدت موجبة عتق أحدهما، ولم يبق ههنا من يستحق هذا الاسم، وفوات المعقود عليه موجب بطلان اليمين.

قلنا: ما فات كل المعقود عليه، وإنما فات بعضه، وفوات العقد ضرورة فوات المحل، فيتقدر بقدر فوات المحل، ألا ترى أن من قال لعبدين له: إن جاء غد فأحدكما حر، فباع أحدهما، ثم جاء الغد عتق الثاني، ومعلوم أن العقد عقد على الاثنين، وبعد بيع أحدهما لم يبق من يطلق عليه هذا الاسم، ففات المعقود عليه، ولكن قيل فوات بعض المعقود عليه فلا يوجب بطلان العقد في الكل، كذا ههنا. ألا ترى أن من قال: هذان العبدان الأبيضان حران، أو هذان الأسودان، فمات أحد الأسودين عتق الأبيضان من غير خيار، ولو مات أحد الأسودين، وأحد الأبيضين كان له الخيار، وإن فات المعقود عليه مع هذا لم يبطل اليمين لما ذكرنا أنه فات بعض المعقود عليه.

٦١٢٥- وفي المعالي: إذا قال: هذا حر هذا عتقا، ولو قال: هذا هذا حر عتق الثاني. ولو قال: هذا حر هذا إن دخل الدار عتق الأول في الحال، والثاني عند الشرط. ولو قال: هذا حر إن دخل الدار هذا حر إن كلم فلانًا، فكما قال، يعني يعتق الأول إذا دخل الدار، ويعتق الثاني إذا كلم فلانًا.

٦١٢٦- ولو قال: أحدكما حر إن شاء، ثم قال: أحدكما حر، فشاء أحدهما عتقا،

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في النسخ الباقية لم، وهو مقبول أيضًا من طريق الحقيقة.

وإذا جمع بين عبده وبين من لا يقع عليه العتق كالبهيمة والحائط، فقال: عبدي حر أو هذا، أو قال: أحدهما حر عتق عبده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: لا يعتق عبده، وهكذا ذكر في بعض المواضع، وذكر في بعض المواضع قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

وجه قول من قال: إنه لا يعتق العبد: إن كلمة "أو" إذا دخلت بين الشيئين أوجب الشك، فصار في حق العبد كأنه قال: أنت حر أو لا. ولو نص على هذا لا يعتق العبد، كذا هينا، واعتبر بما إذا جمع بين عبده وعبد غيره، وقال كذلك.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن الشك إنما يقع بحكم كلمة "أو" إذا صح الضم، وإنما يصح الضم إذا كان كل واحد منهما قابل لحكم ما أضيف إليهما، والمضموم ههنا لا يقبل الحرية، فلغا الضم، فصار العبد هو المتعين، وجاز إيقاع العتق على المعين بهذا اللفظ كما لو نوى عن الإيقاع عبده.

٦١٢٧- وذكر محمد في عتاق "الأصل": إذا قال: أحد عبيدي حر، ولا يعلم له إلا عبد واحد عتق عبده، وهذا بخلاف ما إذا جمع بين عبده، وبين عبد غيره؛ لأن عبد الغير محل للعتق، ولهذا جاز عتقه بإجازة مولاه، فصح الضم، أما ههنا بخلافه. وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق، وقال: هذا حر وهذا[1]، لا يعتق عبده، [ولو قال: أحدكما حر يعتق عبده][2]. والفرق أنه إذا قال: هذا حر وهذا، فقد أدخل كلمة الشك، فصار في حق عبده كأنه قال: أنت حر أو لست بحر. وإذا قال: أحدكما حر فما أدخل كلمة الشك، بل وصف أحدهما بالحرية، والعبد متعين لذلك، فانصرف إليه.

٦١٢٨- ولو جمع بين أمة حية وبين ميتة، وقال: إحداكما حرة لا تعتق الحية؛ لأن الميتة توصف بالحرية إخبارًا يقال: فلانة ماتت حرة، فلا تتعين الحية لهذا الوصف -والله أعلم-

(١) هكذا في الأصل وظ وب، وكان في ف: ...: هذا حر، أو هذا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وب.

القدرة عليه، ولا يعتبر الزيادة.

٦١٣١ - ومن جملة ذلك ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المعتق إذا كان معسراً، فوجبت السعاية(١) على العبد، فلم يسع فهو بمنزلة حر عليه دين إلى أن يقضيه، والحكم في الحر هذا حاله. أنه إذا كان ممن يعمل بيده، أو له عمل معروف أنه يؤاجر من رجل، ويؤخذ أجره، فيقضى به دينه. فهنا كذلك. وإذا كان العبد صغيراً والمعتق معسراً، فأراد الآخر أن يؤاجره، فإن كان الغلام يعقل، ورضي ذلك جاز عليه، وكان الأجر الذي له يحتسب قضاء من حقه.

٦١٣٢ - ومن جملة ذلك: أن قيمة العبد في الضمان والسعاية يعتبر يوم الإعتاق؛ لأن سبب الضمان الإعتاق، فيعتبر القيمة في ذلك الوقت كما في الغصب.

٦١٣٣ - ومن جملة ذلك: أن حال المعتق في اليسار والعسار يعتبر يوم الإعتاق؛ لأن السبب ينعقد في ذلك الوقت، فإذا كان موسراً وقت الإعتاق وجب الضمان لوجود السبب وهو موسر، فلا يسقط بالعسار الطارئ. وإن كان معسراً وقت الإعتاق، ثم أيسر بعد ذلك، فالإعتاق حال وجوده لم ينعقد موجباً للضمان، فلا يجب الضمان بعد ذلك.

ومن جملة ذلك: أنه إذا اختار الساكت ضمان المعتق، إذا كان المعتق معسراً، ثم أراد أن يرجع عن ذلك، ويستسعي العبد، فله ذلك ما لم يقبل المعتق الضمان، ويحكم به الحاكم، وهذه رواية ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٦١٣٤ - وذكر في «الأصل»: إذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السعاية من غير تفصيل، ولو اختار استسعاء العبد لم يكن له اختيار التضمين بعد ذلك رضي العبد بالسعاية، أو لم يرض باتفاق الروايات. وهذا إنما يتأتى على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى - فللساكت الضمان إذا كان المعتق موسراً، ليس له غير ذلك، وله السعاية إذا كان المعتق معسراً، ليس له غير ذلك.

فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى [من قال: ما ذكر في «الأصل»](٢) محمول على تفصيل ابن سماعة؛ لأن سقوط حقه في الاستسعاء، بناء على تقدير حقه(٣) في الضمان، وحقه في

---

(١) وفي «ب»: أوجب السعاية، وكان في الأصل: توجب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

(٣) وفي «ب»: عند تقرر حقه.

الضمان لا يتصور ما لم يتم تمليك نصيبه من المعتق، وذلك إنما يكون بالقضاء، أو بالرضاء.

وكان الفقيه أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى هكذا يقول في الغاصب مع غاصب الغاصب، إذا اختار المالك تضمين أحدهما، فقبل القضاء أو الرضاء أراد أن يرجع عن ذلك، ويضمن الآخر، كان له ذلك، بخلاف ما إذا اختار استسعاء العبد؛ لأنه ليس فيه تمليك من أحد، بل فيه تقرير للملك، وإبراء للمعتق عن الضمان، وهذا لا يتوقف على القضاء والرضاء.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: في المسألة روايتان، وجه رواية ابن سماعة ما مر، ووجه ما ذكر في "الأصل": أن اختياره تضمين المعتق يتضمن إبراء العبد عن الضمان، وتمليك المضمون من المعتق(1)، والملك في المضمون إن كان يتوقف على القضاء، أو الرضاء، فإبراء العبد عن السعاية يتم بالمتبري، فلا يبقى له حق في السعاية بعد ذلك.

٦٦٣٥- ومن جملة ذلك إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئًا، والمعتق موسر، وأراد تضمين المعتق، فله ذلك في المشهور عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وروي عنه في غير رواية الأصول أنه ليس له ذلك. وجه تلك الرواية: أن شرط التضمين أن يصير نصيب الساكت مملوكًا للمعتق بالضمان، والميت لا يحتمل التمليك والتملك. وجه المشهور: أن وجوب الضمان بالإعتاق؛ لأن الفساد به يتحقق، ووقت الإعتاق كان محلاً للتمليك، فلا [يتبع](2) الضمان بسبب الموت، كما في العبد المغصوب، ذكر هذا الفصل من هذا الوجه في شرح القدوري رحمه الله تعالى.

٦٦٣٦- وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرحه: إذا مات العبد، وترك كسبًا اكتسبه بعد العتق فللساكت تضمين المعتق بلا خلاف. وهل له أن يأخذ السعاية من كسب العبد؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: له ذلك، وإليه مال الحاكم أبو عمر رحمه الله تعالى، وعامة المشايخ على أنه ليس له ذلك، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في الأصل.

هذا إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئًا، والمعتق موسر، وأما إذا كان المعتق معسرًا، وباقي المسألة بحالها، فللساكت أن يأخذ السعاية من كسب العبد إن ترك العبد كسبًا اكتسبه بعد العتق بلا خلاف، وإن لم يترك العبد كسبًا اكتسبه بعد العتق بقيت السعاية دينًا على

---

(1) هكذا في الأصل و ب و م، وكان في ف و ط: من المعتق.

(2) هكذا في ط و م، وكان في ف و ب: تتبع، وكذا في الأصل: فلا يتبع.

العبد، إلا أن يظهر له مال، أو يتبرع عنه متبرع بأداء ما عليه، أو يبرئه [الساكت](١). وإن كان [العبد](٢) قد ترك مالا اكتسب بعضه قبل العتق، وبعضه بعد العتق، فما كان اكتسب قبل العتق فهو بين المولَيين، وما كان اكتسب بعد العتق، فهو للعبد؛ وإن كان لا يعلم متى اكتسبه، فهو بمنزلة ما لو اكتسبه بعد العتق؛ لأن الكسب حادث، فيحال بحدوثه على أقرب ما ظهر، وذلك بعد العتق.

٦١٣٧ - ومن جملة ذلك أن الشريك الساكت إذا مات، فلورثته ما كان له من العتق(٣) والسعاية، وتضمين المعتق إن كان موسرا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يختارون أي ذلك شاؤوا. وليس معنى قوله لورثته من العتق ما كان له حقيقة العتق [لأن حقيقة العتق](٤) لا يصح من الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن معتق البعض [عند أبي حنيفة](٥) بمنزلة المكاتب، والمكاتب لا يورث [رقبته](٦)، وإنما يورث ما عليه من بدل الكتابة، وإذا لم تصر رقبة المكاتب ميراثا لورثة الساكت لا يصح منهم حقيقة العتق، وإنما أراد به الإبراء عن السعاية، والعتق يصلح كناية ومجازا عن الإبراء عن السعاية، ويصح إبراء الورثة عن السعاية، لأن بدل الكتابة يورث، فكذا ما وجب على معتق البعض من البدل؛ لأنه في معنى بدل الكتابة، وصار تقدير المسألة: ولورثة الساكت ما للمورث من الإبراء عن السعاية، واستيفائها، وتضمين المعتق.

٦١٣٨ - ومن جملة ذلك العبد إذا كان بين جماعة أعتق أحدهم نصيبه، واختار(٧) بعض الساكتين السعاية في نصيبهم، وبعضهم الإعتاق، وبعضهم الضمان، فلكل واحد ما اختار في نصيبه، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وإن مات بعض الساكتين بعد ذلك، ووقع الاختلاف بين ورثتهم، فاختار بعضهم الضمان، وبعضهم السعاية، وبعضهم الإعتاق.

---

(١) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: العبد.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: الساكت.

(٣) وفي "ف": من العتق.

(٤) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من "ط" و"م" و"ف".

(٥) هكذا في "م".

(٦) هكذا في "ب" و"ط"، وكذا في النسخ الباقية التي في متناول أيدينا. تدبره.

(٧) وفي "م": وأجاز.

نظير الجواب فيما إذا وقع الاختلاف في قيمة العبد، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في "شرحه".

وفي "المنتقى": أنه ينظر إلى حال المعتق يوم الخصومة، فإن كان موسراً ضمن، وإن كان معسراً سعى العبد. وكتب في "الميزان": إن كانت المدة قريبة يحكم الحال، وإن كانت بعيدة يجعل القول قول المعتق؛ لأنه ينكر حق الرجوع عليه بالتضمين.

والجواب فيما إذا وقع الاختلاف بين الساكت والمعتق في قيمة العبد نظير الجواب فيما إذا وقع الاختلاف بين الساكت والمعتق في قيمة العبد، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى أيضاً.

ومن جملة ذلك: إذا صالح الساكت مع المعتق، وأنه على وجهين: إما إن صالح على أقل من نصف قيمة العبد دراهم، أو دنانير، وأنه جائز، فرق بين الصلح وبين البيع، فإن الساكت لو قال للمعتق: بعت مالي عليك من نصف قيمة العبد بأقل من نصف قيمة العبد، فإن ذلك لا يجوز. والفرق، وهو أن الصلح في موضعه لاستيفاء بعض الحق، وإسقاط البعض، فإذا كان بلفظ الصلح أمكن تجويزه بطريق استيفاء بعض الحق، وإسقاط البعض إن تعذر تجويزه بطريق المعاوضة، وأما البيع معاوضة من كل وجه، وليس فيه معنى إسقاط بعض الحق، واستيفاء البعض، فإذا كان بلفظ البيع لا يمكن تجويزه إسقاطاً واستيفاء، وتعذر تجويزه معاوضة لمكان الربوي، فيبطل ضرورة.

الوجه الثاني: إذا صالحه على أكثر من نصف قيمة العبد دراهم أو دنانير، وأنه على وجهين: إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فالزيادة على نصف القيمة باطلة، فقد أبطل الفضل، وصحح الصلح على قدر نصف القيمة، فرق بين هذا وبين ما إذا حصل هذا بلفظ البيع، فإن البيع يبطل في الأصل وفي الزيادة جميعاً. والفرق أن البيع لغة ينبئ عن المعاوضة، والمعاوضة إذا تمكن فيها الربا بطل كله، بخلاف الصلح؛ لأن في الصلح معنى استيفاء بعض الحق، ومعنى معاوضة، ففي حق نصف القيمة إن تعذر تصحيحه بطريق المعاوضة أمكن تصحيحه بطريق استيفاء الحق، كأنه استوفى عين حقه وزيادة، فيكون الاستيفاء بقدر الحق صحيحاً، وتبطل الزيادة، وإن كان الصلح على عرض هو أكثر قيمة من نصف قيمة العبد جاز؛ لأنه لا يتمكن الربا.

٦١٤٠ - ومن جملة ذلك: أن المعتق إذا كان مريضاً مرض الموت وهو موسر، فمات يسقط عنه ضمان العتق، ولا يستوفى ذلك من تركته، بل سعى العبد للمولى عند أبي حنيفة

٦١٤٤ - وإن لم يكن له واحد من هؤلاء استؤني به بلوغه للخيار، أما الضمان أو الإعتاق أو الاستسعاء. قيل: هذا في موضع لا قاضي فيه، أما إذا كان في موضع له قاضٍ نصب له القاضي قيّمًا، حتى يختار التضمين أو الاستسعاء؛ لأن ذلك أنفع في حق الصبي؛ لأنه يتعذر التصرف في نصيب الصبي بعد العتق.

٦١٤٥ - وإذا كان العبد بين اثنين، أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، ثم إن الآخر دبّر، فالتدبير جائز؛ لأنه تعليق عتق نصيبه بالموت، وتعليق عتق نصيبه بسائر الشروط جائز، فكذا بالموت. وإذا صح التدبير برئ المعتق من الضمان، وكان إقدامه على التدبير إبراء للمعتق عن الضمان، إما لأن إقدامه على التدبير استيفاء لنصيبه على ملكه، وإما لأن ولاية تضمين المعتق شرطها أن يملك نصيبه من المعتق بالضمان، وبالتدبير أخرجه من أن يكون قابلًا للتمليك.

فإن قيل: بالتدبير اختار استيفاء ما بقي بعد العتق على ملكه، أما ما فات بالعتق لم يصر مستوفيًا له على ملكه، فينبغي أن يكون له حق التضمين بذلك القدر.

قلت: تعذر تضمين ما فات دون الباقي؛ لأن الفائت مجرد المنفعة [ومجرد المنفعة](1) لا يضمن بالإتلاف، فكان للمدبر أن يستسعي العبد في نصف قيمته، ولكن يستسعيه في نصف قيمته مدبرًا؛ لأن ما فات بالتدبير وصل إلى العبد برضاه، فلا يكون مضمونًا عليه.

٦١٤٦ - هذا إذا كان التدبير لاحقًا، فأما إذا كان التدبير سابقًا، ثم ورد العتق بعد ذلك، فإن المدبر على خياره؛ لأن في هذا الفصل لم يوجد من المدبر ما يدل على إبراء المعتق من الضمان، فبقي خياره كما كان، فإن شاء استسعى العبد في نصيبه مدبرًا، وإن شاء ضمن المعتق نصيبه مدبرًا. وإنما يثبت له الخيار؛ لأنه بالإعتاق فوت عليه منفعة الخدمة إن لم يفت عليه منفعة البيع.

٦١٤٧ - وإن كان ذلك منهما جميعًا، ولا يعلم أيهما أول، فإنه ينبغي بالقياس أن لا يضمن المعتق شيئًا، وإن كان موسرًا حتى يعلم أنه أعتق بعد التدبير. وفي الاستحسان يضمن المعتق ربع قيمته مدبرًا.

وجه القياس ظاهر، وجه الاستحسان: أن إعتاق المعتق سبب الضمان، سواء كان قبل التدبير أو بعد التدبير، إن كان قبل التدبير لأنه يفسد على صاحبه منفعة الخدمة والبيع، وإن

---

(1) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كان بعد التدبير لأنه يفسد على صاحبه منفعة الخدمة، إلا أن صاحب الخدمة بعد الإعتاق(١) يبرئه عن الضمان، فقد يلزم بسبب الضمان، وشككنا في المبرئ، وأنه يثبت في حال دون حال، فيثبت نصفه، ويبرئ عن ضمان النصف، ويبقى ضمان النصف، ولهذا قال: يضمن المعتق ربع القيمة مدبرا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) إلا أن صاحبه بالتدبير بعد الإعتاق

الفصل السادس في عتق ما في البطن

٦١٤٨ - قال محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لجاريته: كل ولد تلدينه، فهو حر، فهذا على كل ولد تلده، ولا يعتق شيء من الأولاد قبل الولادة؛ لأن الولادة شرط وقوع العتق كالدخول في قوله: كل امرأة تدخل الدار طالق، حتى لو ضرب ضارب بطن هذه الجارية، وألقت جنيناً ميتاً كان على الضارب نصف عشر قيمته إن كان غلاماً، وعشر قيمته إذا كانت جارية؛ لأن الولد إذا كان رقيقاً قبل الولادة كان الضارب متلفاً جنيناً رقيقاً، والحكم في جنين هذا حاله ما ذكرنا.

٦١٤٩ - ولو مات المولى وهي حامل، فولدت بعد ذلك، لا يعتق الولد، وكذا لو باعها المولى وهي حامل، فولدت عند المشتري لا يعتق الولد؛ لأن شرط الحنث قد وجد، والمحلوف بعتقه ليس في ملكه، فيحمل اليمين لا إلى الجزاء.

٦١٥٠ - ولو قال: كل ولد تحبلين به، أو قال: تحبلين به، فهو حر، فكلما حبلت يعتق الولد، ولا يشترط الولادة ههنا؛ لأن شرط وقوع العتق هنا حدوث الحبل لا الولادة، وإنما يعلم حدوث الحبل بعد اليمين إذا ولدت لأكثر من سنتين من وقت اليمين؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، وإن ولدت لسنتين أو أقل، فإنه لا يعتق الولد؛ لأنا لم نتيقن بحدوثه بعد اليمين؛ لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين، فيجوز أنه كان موجوداً في البطن وقت اليمين.

٦١٥١ - وإن ضرب ضارب بطن هذه الجارية، فألقت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب أرش جنين حر، إذا جاءت به لأكثر من سنتين؛ لأنه تيقنا بحدوث الحبل بعد اليمين، وهو شرط العتق، وكما حدث الحبل وقع العتق، فصار الضارب متلفاً جنيناً حراً، فعليه أرش جنين حر. وإن جاءت بالولد لسنتين أو أقل من وقت اليمين، فعلى الضارب أرش جنين قن.

٦١٥٢ - ولو باعها المولى، فولدت عند المشتري، فهذه المسألة على وجهين: الأول: إذا ولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، وإنه على وجهين أيضاً: إن ولدت لأكثر من سنتين من وقت اليمين، فالبيع فاسد؛ لأنا تيقنا بعتق هذا الولد، لأن تيقنا بحدوثه بعد اليمين في ملك الحالف، فتبين أنه باع الأمة وفي بطنها ولد حر، فيفسد البيع [وإن جاءت بولدين لسنتين، أو أقل من وقت اليمين، فالبيع جائز؛ لأنا لم نتيقن بحرية هذا الولد؛ لأن

ثم تيقن بحدوثه في ملك البائع بعد اليمين.

الوجه الثاني: [(١) إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الشراء، وفي هذا الوجه البيع جائز، سواء جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت اليمين أو أقل؛ لأنا لم نتيقن بحرية هذا الولد، إذا لم نتيقن بحدوث الحبل في ملك البائع لجواز أنه حدث في ملك المشتري بعد الشراء، وشرط العتق إنما يوجب العتق إذا وجد الشرط في ملك الحالف. والجواب فيما إذا مات المولى وتركها كالجواب فيما إذا باعها المولى.

٦١٥٣- إذا قال لأمته: ما في بطنك حر، فولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت هذه المقالة يعتق. ولو ولدت ولداً لستة أشهر فصاعداً من وقت هذه المقالة لا يعتق؛ لأن العتق أضيف إلى الموجود في البطن، فإنما يعتق من كان موجوداً في البطن وقت الإضافة، وإنما يثبت الوجود في البطن وقت الإضافة إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر.

فإن قيل: ينبغي أن يعتق نصف الذي ولدته لستة أشهر فصاعداً؛ لأنه يعتق في حال وهو أن يكون موجوداً وقت هذه المقالة، ولا يعتق في حال وهو أن يكون موجوداً وقت هذه المقالة، وحدث بعد ذلك، واعتبار الأحوال أصل من أصول الشرع. قلنا: اعتبار الأحوال إنما يكون في موضع يتيقن بوقوع العتق، واشتبه علينا من وقع عليه العتق، وههنا وقع الشك في العتق؛ وفي مثله لا يعتبر الأحوال كما لو جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: أحدكما حر، ومات قبل البيان.

٦١٥٤- فإن ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر بعده لستة أشهر من وقت هذه المقالة، إلا أن المدة متخللة بين الولادتين عتقا جميعاً؛ لأن المدة المتخللة إذا كانت أقل من ستة أشهر كانا توأمين، والتوأمان يكونان من ماء واحد، فيتيقنا بوجودهما وقت الإعتاق.

٦١٥٥- إذا قال الرجل لأمته: إن كنت حبلى، فأنت حرة، فولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت هذه المقالة، فالجارية حرة وولدها، إن ولدت ولداً لستة أشهر فصاعداً من وقت هذه المقالة لا تعتق الجارية؛ لأن تقدير يمينه: إن كنت حبلى للحال؛ لأن قوله: إن كنت حبلى يستعمل للحال، فصار معتقاً حبلى موجوداً، وإنما يعرف وجود الحبل في الحال بالولادة لأقل من ستة أشهر، وإن ضرب ضارب بطن هذه الجارية بعد هذه المقالة لأقل من ستة أشهر، فألقت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب أرش جنين حر، وإن كان الضرب بعد هذه المقالة لأكثر من ستة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

أشهر، فعلى الضارب أرش جنين قن، ولو وقع حياً، ثم مات كان فيه الدية كاملة؛ لأنه صار قاتلاً له بعد الولادة بالضرب السابق.

٦١٥٦ - وإن قال الرجل لأمته: إذ كان أول ولد تلديه غلاماً، ثم جارية في بطن واحد، فأنت حرة، وإن كانت جارية ثم غلاماً، فالغلام حر. فولدت غلاماً وجارية في بطن واحد، ولا يعلم أيهما أول عتق نصف الأم، وسعت في نصف قيمتها؛ لأنها تعتق في حال، وترق في حال. وعتق نصف الغلام أيضاً، ويسعى في نصف قيمته لهذا المعنى، والجارية رقيقة؛ لأنا تيقنا برقها، ليس لها حال عتق.

٦١٥٧ - وإذ قال لها: أول ولد تلديه فهو حر. فجاءت بولد، وقالت: ولدت هذا، فأنكر المولى ذلك، القياس أن لا تصدق، وفي الاستحسان تصدق، وبالقياس نأخذ، وهذا هو القياس. والاستحسان الذي ذكر في كتاب الطلاق فيمن قال لامرأته: إن ولدت ولداً، فأنت طالق، ولم يكن الحبل ظاهراً، ولا أقر الزوج بالحبل، وقالت: ولدت، القياس أن لا تصدق، وفي الاستحسان تصدق، وبالقياس نأخذ. وإن جاءت بامرأة، فشهدت على الولادة، فإن الولادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يثبت حتى لا يقع الطلاق والعتاق.

٦١٥٨ - ولو كان المولى مقراً بالحبل، وقال لها: إذا ولدت ولداً، فأنت حرة [فقالت ولدت[1]]، وأنكر المولى، فإنها تصدق وتثبت الولادة بمجرد قولها، وتعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعلى قولهما: لا تعتق ما لم تشهد لها القابلة، والخلاف في هذا نظير الخلاف في الطلاق.

٦١٥٩ - وإذ قال الرجل لأمتين له: ما في بطن إحداكما حر، فله أن يوقع العتق على أيهما شاء، كما بعد الانفصال إذا قال: إحداكما حرة، فإن ضرب بطن إحداهما رجل، فألقت جنيناً ميتاً لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالعتق، فهو رقيق، ويتعين الآخر للعتق كما بعد الانفصال، إذا قال: أحدهما حر، ثم جاء إنسان، وقتل أحدهما، فإنه يتعين الآخر للعتق كذا هنا. فلو ضرب رجلان كل واحد منهما بطن إحداهما، فألقت كل واحدة منهما جنيناً ميتاً لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالعتق، كان في كل واحد منهما مثل ما في جنين الأمة كما بعد الانفصال، فالحاصل إن الجنين في حق قبول الإعتاق والمنفصل سواء.

٦١٦٠ - إذا قال الرجل لأمته وهي حامل: قد أعتقت ما في بطنك على ألف درهم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

عليك، فقالت: قد فعلت ذلك، ثم وضعت غلاماً لأقل من ستة أشهر، فإن الغلام يعتق؛ لأنه علق عتق ولد موجود في البطن بقولها الألف، فيعتبر بما لو علق عتقه بشرط آخر، وهناك إذا وجد الشرط يقع العتق، كذا ههنا.

٦١٦١ - وإذا عتق الجنين لا يجب المال على الجنين ولا على الجارية. لا يجب على الجنين؛ لأن الأب لا يلي هذا العقد على الجنين مع أنه يلي عليه بعد الانفصال، فلأن لا تلي الأم عليه هذا العقد وهي لا تلي عليه بعد الانفصال أولى، ولا يجب على الجارية؛ لأن بدل العتق مما لا يجب على غير المعتق بحال.

٦١٦٢ - وإذا قال لأمته: ما في بطنك حر متى أديت إلي ألفاً، فوضعت لأقل من ستة أشهر فهو حر متى أدى إليه ألف درهم، وهذا لما ذكرنا أن الجنين في حق قبول الإعتاق والمنفصل سواء. ولو قال له بعد الانفصال: متى أديت إليّ ألفاً، فأنت حر، فأدى إليه ألف درهم في أي وقت ما أدى يعتق، كذا ههنا.

٦١٦٣ - وإذا كانت الأمة بين رجلين، فأعتق أحدهما ما في بطنها وهو غني، فولدت بعد ذلك غلاماً ميتاً بيوم، فلا ضمان على المعتق، إما لأنه وقع الشك [في إيجاب الضمان لوقوع الشك](1) في حياته، أو لأن العتق لا يصح إلا في الحي، ولا تظهر الحياة في حقها(2) إلا بالولادة، فصار العتق كالمضاف إلى ما بعد الولادة، لأنه قال: الولد الذي تلدينه حر، ولو قال هكذا، وولدت ولداً ميتاً لا يعتق، كذا ههنا.

٦١٦٤ - وإن ضرب رجل بطنها، فألقت جنيناً ميتاً، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن الضارب ما يضمن في جنين الأمة، وعلى قولهما يضمن ما يضمن في جنين الحرة، وهذا لأنا حكمنا بحريته حين أوجبنا الضمان، فحكمنا بصحة الإعتاق، إلا أن الإعتاق عندهما لا يتجزى، فيعتق كله، فصار الضارب متلفاً جنيناً حراً، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإعتاق متجزئ، فاقتصر الإعتاق على نصيب المعتق، وصار في معنى المكاتب، فكان الضارب متلفاً جنيناً مكاتباً، فيضمن عشر قيمته مكاتباً إن كان ذكراً، ونصف عشر قيمته مكاتباً إن كان أنثى.

(1) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ط و ب و ف.

(2) هكذا في ب و ف، وكذا في الأصل و ط: في حقنا.

الفصل السابع في الخصومات الواقعة في الرق والحرية والشهادة على ذلك

٦٦٦٥ - ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصلح: رجل ادعى أمة، وقال: هذه أمتي، وقالت الأمة: لا، بل أنا حرة، فصالحها المدعي من ذلك على مائة، ودفعها إلى المدعي، فهو جائز.

٦٦٦٦ - وإن أقامت بعد ذلك بينة أنها حرة الأصل، أو أنها كانت أمة لهذا المدعي أعتقها العام الأول، ترجع بالمائة على المدعي، قبلت بينتها، وبطل الصلح. وإن أقامت بينة أنها كانت أمة فلان العام الأول أعتقها في ذلك الوقت لا تقبل بينتها.

٦٦٦٧ - ولو كان مكان الأمة عبد، وأقام بينة على حرية الأصل، أو على أن المصالح أعتقه العام الأول، وهو يملكه، إن كان الصلح من العبد مع إنكاره الرق للمدعي، قبلت بينته، ورجع بالمائة على المولى؛ لأنه غير متناقض فيما ادعى. وإن كان الصلح مع إقرار العبد بالرق على نفسه، فكذلك الجواب عندهما، وتقبل بينة العبد على ذلك؛ لأن العبد وإن صار متناقضا وبطل دعواه لمكان التناقض، إلا أن البينة على عتق العبد عندهما مقبولة بدون الدعوى، فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فلا تقبل بينة العبد على ذلك، لأن عنده الدعوى من العبد شرط قبول بينته على عتقه، وقد بطل الدعوى لمكان التناقض، وفي الأمة تقبل البينة على كل حال عند الكل، وإن بطل دعواها في فصل الإقرار لمكان التناقض، إلا أن دعواها ليس بشرط لقبول بينتها على عتقها.

هذه جملة ما ذكر شيخ الإسلام في كتاب الصلح، ثم إنه رحمه الله تعالى سوى في هذه المسألة بين العتق الأصلي وبين العتق العارض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وجعل دعوى العبد فيهما شرط قبول البينة، وجعل التناقض فيهما مانع صحة الدعوى.

وهذا فصل اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، بعضهم قالوا: دعوى العبد في حرية الأصل ليس بشرط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لقبول الشهادة عليه، والتناقض فيها ليس بمانع صحة الدعوى، وقبول الشهادة عليها كما هو قولهما، وإنما الخلاف في العتق العارض. وبعضهم قالوا: دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى شرط في العتق الأصلي والعارض جميعا، إلا أن التناقض لا يمنع صحة دعوى العتق

الأصلي، ولا يمنع قبول الشهادة، ويمنع صحة دعوى العتق العارض، ويمنع قبول الشهادة. وبعضهم قالوا: دعوى العبد شرط في العتق الأصلي. والعارض والتناقض فيهما مانع صحة الدعوى وقبول الشهادة، وإليه ذهب شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصلح على ما ذكرنا.

والأصح أن دعوى العبد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه شرط فيهما، والتناقض لايمنع صحة الدعوى فيهما، لأن طريقهما[1] طريق الخفاء، والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لايمنع صحة الدعوى، ألا ترى أن المرأة إذا اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها، ثم أقامت بعد ذلك بينة أن الزوج قد كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع قبلت منها، وإن صارت متناقضة في دعوى الطلقات الثلاث بالإقدام على الخلع إنما كان كذلك؛ لأن الزوج يتفرد بإيقاع الطلقات الثلاث، ولا يتوقف على علم المرأة، فكان طريقه طريق الخفاء، فجعل التناقض فيه عفواً، أو يقول: التناقض إنما يؤثر فيما يحتمل النقض بعد ثبوته [والعتق الأصلي والعارض لا يحتمل النقض بعد ثبوته][2]، ألا ترى أن التناقض في باب النسب لا يمنع صحة الدعوى، حتى إن الملاعن إذا أكذب نفسه يثبت النسب منه، وطريقه ما قلنا.

٦١٦٨- أمة بين رجلين شهد رجلان على أحدهما بعينه أنه أعتقها، وكذبته الأمة، والمشهود عليه ينكر الإعتاق، وجحدت الأمة، وجحد الآخر أيضاً أنه ما أعتقها، فإنها تعتق بشهادة الشهود، وإن لم يوجد منها الدعوى لما شهد به الشهود. فقد عرف أن الشهادة القائمة على عتق الأمة تقبل بدون الدعوى. ألا ترى أن الأمة لو كانت كلها للمشهود عليه كانت تعتق بالشهادة بدون الدعوى.

فإن قيل: الأمة إذا كانت كلها للمشهود عليه إنما تقبل الشهادة بدون الدعوى لأنها توجب حرمة الفرج، وهذه الشهادة لا توجب حرمة الفرج؛ لأن حرمة الفرج قبل الشهادة ثابتة. قلت: بل هذه الشهادة توجب حرمة الفرج؛ لأن قبل هذه الشهادة لم يكن فرجها حراماً على المعتق حرمة توجب الحد لو وطئها، وبعد هذه الشهادة حرم فرجها عليه حرمة توجب الحد لو وطئها، فكانت هذه الشهادة قائمة على تحريم الفرج من هذا الوجه.

٦١٦٩- وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في رجل قال: كل

(١) وفي ب: طريقهما

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

مملوك أملكه، أو أشتريه إلى سنة، فهو حر. فخاصمه عبد له في ملكه - يعني في ملكه يوم اليمين - وأقام البينة عليه بهذا اليمين، وقضى القاضي بعتقه، ثم اشترى الحالف عبداً في تلك السنة، فخاصم العبد المشتري إلى القاضي. فالقاضي يأمره بإعادة البينة. وهذا بلا خلاف، والمعنى ما أشار إليه.

٦١٧٠ - ثم إن البينة إن كانت للأول على قوله: كل عبد أملكه، فلم يقبل البينة على غير ذلك، ولو خاصمه عبد آخر كان في ملكه وقت اليمين فالقاضي لا يقضي بعتقه عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، حتى يعيد البينة، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يقضي بعتقه، ولا يكلفه إعادة البينة، وعلى هذا إذا قال: كل مملوك لي حر، فخاصمه عبد له في ذلك، وأقام البينة على اليمين، وقضى القاضي بعتقه، ثم خاصمه عبد آخر له، فالقاضي هل يكلفه إعادة البينة؟ فهو على هذا الخلاف.

٦١٧١ - وكذا لو قال: كل عبد أملكه إلى سنة فهو حر، فاشترى عبداً في السنة، وخاصمه العبد عند القاضي، وأقام عليه البينة بهذه اليمين، وقضى القاضي بعتقه، ثم اشترى عبداً آخر، وخاصمه إلى القاضي فالقاضي يقضي بعتقه، ولا يكلفه إعادة البينة عند محمد رحمه الله تعالى، علل فقال: لأني قضيت على الحالف بتلك اليمين والبينة لهما. أشار إلى أن اليمين واحدة لفظاً، وقد ثبت بينة الأول، فيظهر ذلك في حق الثاني، فلا حاجة له إلى إعادة البينة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يكلف الثاني بإعادة البينة. هذه الجملة مذكورة في عتاق "المنتقى".

٦١٧٢ - وذكر في "الأقضية" ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل شهد عليه شاهدان أنه قال: كل عبد أشتريه، فهو حر، فاشترى عبداً، وخاصمه في العتق إلى القاضي، وأعتقه القاضي بشهادتهما، ثم اشترى عبداً آخر، وخاصمه في العتق، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال: لا أعتقه حتى يعيد البينة. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: أعتقه، ولا أعيد البينة. وذكر قول أبي يوسف في الأقضية بخلاف ما ذكر في العتاق، وذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في "الأقضية"، ولم يذكر في العتاق، وذكر قول محمد رحمه الله تعالى في العتاق، ولم يذكر في "الأقضية".

٦١٧٣ - وذكر في كتاب الأقضية، وفي "المنتقى" مسألة أخرى من هذا الجنس، وصورتها: إذا قال الرجل: إن دخلت هذه الدار، فكل مملوك أشتريه إلى سنة، فهو حر، فدخل الدار، ثم اشترى عبداً، وأقام البينة بيمينه ودخوله وشرائه، وهو يجحد، فقضى

القاضي عليه بالعتق، ثم اشترى عبدًا آخر، وخاصمه العبد في العتق، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى القاضي لا يقضي بعتقه حتى يعيد الشهود، ويشهدون للثاني بمثل ما شهدوا للأول، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: أعتقه بالشهادة الأولى.

٦١٧٤ - وفي عتاق المنتقى: قال محمد رحمه الله تعالى: لو قال المولى: سالم، وبزيع، ومبمون أحرار، فأقام أحدهم البينة على مقالته، ثم جاء الآخران، لم يكلف إعادة البينة؛ لأنه عتاق واحد. ولو قال: سالم حر، وبزيع حر، وميمون حر، فأقام أحدهم البينة على ذلك، ثم جاء الآخران كلف إعادة البينة؛ لأنه عتاق مختلف.

٦١٧٥ - وفيه أيضًا: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى في عبد أقر أنه عبد هذا، ثم قال هذا المولى للقاضي: استحلفه ما أعتقني، فالقاضي يستحلفه. ولو قال: استحلفه ما أنا حر الأصل، فالقاضي لا يستحلفه؛ لأنه أقر أنه عبده.

٦١٧٦ - رجل في يديه صبي صغير، ولم يسمع منه عبده، يعني لم يسمع من صاحب اليد أنه عبدي، ولم يسمع من الصبي أيضًا أنه عبده حتى كبر، وقال: أنا حر، فالقول قوله.

٦١٧٧ - قال هشام: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل قال لرجل: أنا مولى أبيك أعتقني، فجحد ذلك الرجل أن يكون أبوه أعتقه، قال: هو مملوك. ولو قال: أنا مولى أبيك، ولم يقل: أعتقني، قال: هو حر؛ لأنه قد يكون مولاه من قبل جده. وإن قوله: أنا مولى أبيك أعتق أبوك أبي وأمي، فهو حر.

٦١٧٨ - قال هشام: سمعت محمدًا رحمه الله تعالى يقول: في رجل أعتق جارية له يعني تسمع، ثم جحدها، وقضى القاضي عليها بالرق بعدما حلف الرجل، قال: تهرب منه. قلت: أيسعها أن يزوج؟ قال: لا، قلت: فإن مات أبوها عن مال أيسعها أن تأخذه؟ قال: لا.

٦١٧٩ - سمع قوم من رجل أنه قال لعبده: هذا حر لوجه الله، ثم رأوه معه بعد ذلك، يقول: هو عبدي، فشهد أولئك القوم عليه أنه أعتقه أمس، فقال المشهود عليه: أعتقته أمس، ولا أملكه أنا، وإنما اشتريته اليوم، والشهود يقولون: إنه أعتقه أمس، ولكن لا ندري أكان له أم لا، فالقاضي لا يقضي بعتق العبد، حتى يشهدوا عليه أنه أعتقه، وهو يملكه أمس، قال: وكذلك الطلاق.

٦١٨٠ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل أعتق أمته، ثم اختصما عند القاضي وفي حجرها ولد، وفي يدها كسب اكتسبته، فقال المولى: أعتقتك بعد الولادة والكسب، وقالت المرأة: لا، بل أعتقني قبل الولادة والكسب، فالقول قول

المرأة . ولو كان الكسب في يد المولى ، فالقول قول المولى ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى .

٦٦٨١ - وفي دعوى الجامع : ادعى رجل على رجل أنه عبده ، وجحد المدعى عليه ، وقال : أنا حر الأصل لم أملك قط ، فالقول قوله ، وهذا معروف .

٦٦٨٢ - وإن أقام المدعي بينة أن نصف العبد له قضى القاضي بنصف العبد له ، والنصف الآخر يكون موقوفًا لا يقضى فيه برق ولا حرية . أما لا يقضى بالرق ؛ لأنه لا بد للقضاء من المقضي له ، ولا مقضي له ههنا ، وأما لا يقضى بالحرية ، أما بحرية الأصل ؛ لأن القاضي لما قضى بالرق في النصف للمدعي ، فقد أبطل حريته الأصل في نصف الباقي ؛ لأن الشخص لا يجوز أن يكون نصفه رقيقًا ، ونصفه حر الأصل . وأما الحرية العارضة فلأن الحرية العارضة مبني على الرق والملك ، وتعذر القضاء بالرق والملك في النصف الباقي ؛ لأن القضاء لا بد له من مقضي عليه معلوم ، ولم يوجد .

٦٦٨٣ - فإن جنى العبد جناية بأن قتل رجلاً خطأ ، قيل لولي القتيل : أعبد هو أو حر ؟ فإن قال : هو عبد ، قيل : ما قضي له بنصفه ، ادفع هذا النصف أو افده بنصف الدية ، ويوقف النصف الباقي ، فلا يقضى فيه بشيء ؛ لأنه لا يدري أنه رقيق أو حر . وإن قال : هو حر ، لا يقضى له بشيء لا على المقضي له بنصفه ، ولا على العبد . أما على المقضي له ؛ فلأنه لما قال : هو حر ، فقد أبرأ المقضي له . وأما على العبد فلأن الحرية لا تثبت بمجرد قول ولي القتيل بعد ما قضى القاضي برقه ، حتى يأتي بالبينة . فإن أقام ولي القتيل بينة على الحرية كانت بينة الحرية أولى من بينة الرق ، وينقض به الحكم الأول . ولو يجن هذا الشخص ، ولكن جني عليه فيما دون النفس يقضى على الجاني بأرش العبد ، وهو في شهادته وحدوده وجميع أموره بمنزلة الرقيق ؛ لأنه جرى الحكم برقه ، وفي النصف الآخر حاله موقوف أنه رقيق أو حر ، فلا يمكن إيجاب شيء من أحكام الحرية من كل وجه .

٦٦٨٤ - وإذا شهد الشهود أنه أعتق عبده سالمًا ولا يعرفون سالمًا ، وله عبد اسمه سالم ، ولا عبد له غيره ، فإنه يقبل هذه الشهادة ، ويقضى بعتقه ؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيانًا ، ولو عاينا أنه أعتق عبده سالمًا ، ولا يعرف له عبد بهذا الاسم إلا هذا ، قضى بعتقه ، كذا هنا . ثم إن سالمًا يدعي العتق ، فالمسألة على الوفاق ، وإن كان لا يدعي ، فالمسألة على الخلاف ، وإن كان له عبدان ، اسم كل واحد منهما سالم ، فهذا وما لو شهدا أنه أعتق أحد عبديه سواء ، وهي المسألة التي تلي هذه المسألة .

٦١٨٥ - ولو شهدا أنه أعتق أحد عبديه، فهذا على وجهين: إما إن شهدا في حال حياة المولى بذلك، والمولى يجحد، وفي هذا الوجه لا يقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: تقبل، ويقال للمولى: بيّن، وهذا بناء على ما قلنا: إن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى دعوى العتق من العبد شرط، والدعوى من المجهول لا تتحقق.

فإن قيل: كيف تجعل هذه المسألة بناء على ذلك، وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى: أنهما لو شهدا عليه أنه أعتق أحد أمتيه لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ودعوى الأمة ليس بشرط بلا خلاف.

قلنا: دعوى الأمة إنما لا يشترط عنده إذا قامت البينة على عتق أمة بعينها؛ لأن الغالب في عتق أمة بعينها حق الله تعالى لما فيه من تحريم الفرج، فأما إذا قامت البينة على عتق إحدى الأمتين ليس فيه تحريم الفرج على قوله، فقد عرف من أصله أن العتق المبهم لا يحرم وطأهما، بل يحل له وطؤهما، وبعد ما وطئ إحداهما يكون له حق البيان في الموطوءة، وإذا لم يوجب هذا العتق تحريم الفرج لم تكن الشهادة قائمة على الأمر الغالب فيه حق الله تعالى، فكان بمنزلة ما لو قامت على أحد العبدين.

٦١٨٦ - وإن شهدوا بعد وفاة المولى أنه أعتق أحد عبديه فهو على وجهين، وأما إن شهدوا أنه أعتق أحد عبديه في حال صحته، وفي هذا لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإن شهدوا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته فالقياس أن لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان: تقبل، ذكر القياس والاستحسان فيما إذا كانت الشهادة على إعتاق أحدهما في مرض موت المولى، ولم يذكر القياس والاستحسان فيما إذا كانت الشهادة في حال صحة المولى. ولو شهدا بعد موت المولى أنه دبّر أحد عبديه في حالة الصحة، أو قالا: في حالة المرض تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قياساً واستحساناً.

وجه القياس في فصل المرض: إن هذه شهادة قامت على عتق أحد العبدين حالة الحياة، فلا تقبل قياساً، لا على ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في حالة الصحة. وجه الاستحسان: أن المانع من قبول الشهادة على عتق أحد العبدين في حال حياة المولى خلوها عن الدعوى، وقد وجد الدعوى بعد الموت، إلا أن المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا في أن المدعي بعد الموت الوصي أو العبد؟ فمنهم من قال: المدعي هو الوصي، وأنه عين، والدعوى من العين صحيح، ومنهم من قال: المدعي هو العبدان، وإنهما معينان، وهو الأصح، وعليه عامة

المشايخ رحمهم الله تعالى.

وإنما صح دعوى العبدين بعد موت المولى إذا كان الإعتاق في حالة المرض؛ لأن الإعتاق في المرض وصية حكمًا إن لم يكن وصية حقيقة، ولهذا تعتبر من الثلث، والثابت حكمًا يعتبر بالثابت حقيقة، ولو كانت الوصية بالعتق ثابتة حقيقة كان الدعوى منهما صحيحًا، وإن أوجب الحق لأحدهما، لأن إيجاب الحق لأحدهما بعد الموت إيجاب لهما معنى؛ لأنه أوجب الحق لأحدهما [في حال لا يتصور ثبوته لأحدهما؛ لأنه إنما ثبت لأحدهما إذا حصل في وقت كان للمولى حق البيان، ولا يتصور للمولى حق البيان بعد الموت، وكان إيجاب الحق لأحدهما][1] إيجابًا لهما، ولو أوجب لهما صح دعواهما، كذا ههنا، وهذا بخلاف ما لو شهد على إعتاق أحد العبدين في حالة الصحة، فإن هناك لم يوجد الدعوى، لأن دعوى العبدين في تلك الصورة غير صحيحة.

٦١٨٧ - وإن كان العتق الواقع في حالة الصحة يشيع فيهما بعد موت المولى، فيثبت الحق لهما، إنما كان كذلك، لأن الحق لم يثبت للعبدين في هذه الصورة من المولى لا نصًا، ولا من حيث المعنى؛ لأنه أوجب الحق في وقت يتصور ثبوته لأحدهما، فلا يكون إيجابًا لهما، وإنما يشيع فيهما بعد الموت ضرورة تنفيذ العتق [فيظهر ثبوت الحق لهما في حق تنفيذ العتق][2] لا في حق صحة الدعوى، لأن تنفيذ الواقع يخلو عن الدعوى في الجملة، بأن لم يقع ثمة تجاحد، وإذا لم يظهر ثبوت الحق لهما في حق صحة الدعوى كان الحق في حق الدعوى ثابتًا لأحدهما، والدعوى من أحدهما لا تتصور.

٦١٨٨ - وإذا شهدا على رجل أنه أعتق عبده هذا، واختلفا في الزمان، بأن شهد أحدهما أنه أعتقه يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أعتقه يوم الجمعة، واختلفا في المكان، قبل القاضي شهادتهما؛ لأن العتق تصرف قولي، والقول مما يعاد ويكرر، فيكون الثاني عين الأول، فقد اتفقا على عتق واحد.

٦١٨٩ - وكذلك إذا شهد أحدهما على إنشاء العتق، والآخر على إقرار المولى بالإعتاق، بأن شهد أحدهما أن المولى قال له: أعتقتك، وشهد الآخر أن المولى قال: قد كنت أعتقته، لأنهما اتفقا على قوله: أعتقت، إلا أن أحدهما تفرد بالزيادة، غير أن التفرد بالزيادة

(١) أثبت من [illegible]

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ب.

إذا كان لا يغير الحكم لا يمنع القبول.

٦٦٩٠ - وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتقه، وشهد الآخر أنه حرره، أو شهد أحدهما أنه قال له: أنت حر، وشهد الآخر أنه قال له: أعتقتك، لأنهما اتفقا معنى، لأن معنى العتق والحرية واحد، إلا أنهما اختلفا لفظا، والاختلاف لفظا مع الاتفاق معنى لا يمنع قبول الشهادة فيما يثبت مع الشبهات، وكالحدود والقصاص[1]، كما لو شهد أحدهما بالنكاح، وشهد الآخر بالتزويج.

٦٦٩١ - وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتقه بالعربية، وشهد الآخر أنه أعتقه بالفارسية، تقبل شهادتهما؛ لأنهما اتفقا معنى، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرحه.

٦٦٩٢ - وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا شهد شاهد أنه قال لعبده: أنت حر، وشهد الآخر أنه قال له: تو آزادي، تقبل، فهذا لأنه ليس له وجه غير العتق.

٦٦٩٣ - وذكر في فصل الطلاق ثمة أيضا عنه، وقال: إذا اختلف الشاهدان في الطلاق فشهد أحدهما بالنبطية، أو بالفارسية، أو بلسان آخر، وشهد الآخر بالعربية لم تجز شهادتهما. ولو كان هذا في الإقرار بمال جزته. قال: وليس الطلاق كذلك؛ [لأني أنويه][2] في الطلاق في وجوه كثيرة.

٦٦٩٤ - وفي الأصل: إذا اختلفا في الشرط الذي علق به العتق بأن شهد أحدهما أنه قال له: إن دخلت الدار فأنت حر، وشهد الآخر أنه قال له: إن كلمت فلانا فأنت حر، وأشباه ذلك لم تجز الشهادة؛ لأنهما شهدا بيمينين مختلفين، لأن الثاني لا يصلح تكرارا للأول، فهما مختلفين، وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، بخلاف ما لو شهدا بعتق منجز في يومين؛ لأن هناك يمكن أن يجعل الثاني تكرارا للأول، فيحصل اتفاقهما على شيء واحد.

٦٦٩٥ - وفي المنتقى: إذا قال الرجل لعبده: إن كلمت فلانا فأنت حر، فشهد عليه شاهد أنه كلمه اليوم، وشهد الآخر أنه كلمه أمس لا تقبل الشهادة.

٦٦٩٦ - وذكر ثمة أيضا: أنه إذا قال لامرأته: إن كلمت فلانا فأنت طالق، فشهد عليه

---

(١) سقط من [illegible].

(٢) هكذا في [illegible] وكان في الأصل: لأني نويته، والصحيح ما حططناه في الكتاب.

شاهد أنه كلمه غدوة ، والآخر أنه كلمه عشية تقبل الشهادة .

٦١٩٧ - عن إبراهيم وعن محمد رحمهما الله تعالى : إذا شهد رجل على رجل أنه أعتق أمته هذه وتزوجها ، وشهد الآخر على الإقرار أنه أعتقها وتزوجها ، قال : تعتق ، ولا يثبت النكاح .

٦١٩٨ - وفي " الأصل " : إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، وقال المولى : إنما قلت له : إن كلمت فلاناً ، فأنت حر ، فأيهما فعل[1] ، فهو حر . وقد ثبت اليمينان : إحداهما بالشهادة ، والأخرى بالإقرار .

٦١٩٩ - ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل ، وشهد الآخر أنه أعتقه بغير جعل لاتقبل هذه الشهادة ؛ لأن أحدهما شهد بعتق معلق بالقبول ، والآخر شهد بعتق منجز ، وهما غيران ، فلا يمكن أن يجعل الثاني تكراراً للأول .

٦٢٠٠ - ولو اتفقا على العتق بجعل ، واختلفا في مقدار الجعل ، بأن شهد أحدهما أنه أعتقه بألف ، وشهد الآخر أنه أعتقه بألف وخمسمائة ، فهذه المسألة على وجهين : أما إن كان العبد يدعي العتق ، والمولى يجحد ، وفي هذا الوجه لا تقبل شهادتهما ، سواء كان العبد يدعي العتق بأقل المالين أو بأكثر المالين ؛ لأن حاجة العبد إلى إثبات العتق إذا كان المولى منكراً له ، والعتق بألف غير العتق بألف درهم وخمسمائة .

٦٢٠١ - وأما إن كان المولى يدعي العتق ، والعبد ينكر ، وفي هذا الوجه إن كان المولى يدعي العتق بألف وخمسمائة تقبل الشهادة على الألف ، وإن كان يدعيه بألف لاتقبل الشهادة أصلاً ؛ لأن العتق ثبت بإقرار المولى ، لا حاجة لإثباته إلى الشهادة ، وإنما الحاجة إلى إثبات المال ، فكأن الدعوى وقع في مطلق المال ، وشهد أحد الشاهدين بألف ، والآخر بألف وخمسمائة ، وهو يدعي الألف والخمسمائة ، وهناك تقبل الشهادة على الألف ، ولو كان يدعي الألف لا تقبل الشهادة أصلاً .

٦٢٠٢ - وإذا ادعى العبد أن المولى أعتقه بألف ، وأقام عليه شاهدين ، وادعى المولى أنه أعتقه بألفين ، وأقام عليه شاهدين فالبينة بينة المولى ؛ لأن العمل بالبينتين متعذر لتعذر إثبات العتق بالمالين ؛ لأن المولى إن أعتقه على الألف وقبل لا يمكن أن يعتقه على الألفين بعد ذلك ، فلابد من العمل بإحدى البينتين ، فكان العمل ببينة المولى أولى ؛ لأن بينة المولى تثبت الزيادة ،

(١) وفي " ف " و " ب " : فأيهما ما فعل

ويثبت الحق لصاحبها. والعبد يثبت الحق لغيره، فكان المولى أشبه بالمدعي.

٦٢٠٣ - وهذا بخلاف ما إذا أقام العبد بينة أن المولى قال له: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر [وأقام المولى بينة أنه قال له: إن أديت إلي ألفين فأنت حر، فأدى العبد إليه ألف درهم] (١)، فإنه يعتق، ولا شيء عليه؛ لأن هناك العمل بالبينتين في إثبات اليمينين ممكن، فيجعل كأن المولى قال له: إن أديت إلي ألفين فأنت حر، ثم قال له: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر قبله، وهناك لو أدى ألف درهم عتق، ولا شيء عليه، كذا ههنا.

٦٢٠٤ - ولو شهد شاهدان أنه باع نصف نفسه منه بألف درهم، وشهد آخران أنه باع نفس العبد منه بألفي درهم عتق، وما لو شهدوا أنه أعتقه على ألف وعلى ألفين سواء.

٦٢٠٥ - وإذا شهدا أنه أعتق عبداً له سمياه لنا إلا أنا نسيناه، والمولى يجحد ذلك لا تقبل شهادتهما.

٦٢٠٦ - وكذا إذا شهدا على رجلين أن أحدهما أعتق عبده، ولا يدرى أيهما كان لا تقبل شهادتهما لمكان الغفلة والنسيان. وإذا شهد أحدهما أنه أعتق عبده عمداً وشهد آخر أنه وهب نفسه منه فالقاضي لا يقبل شهادتهما] (٢)؛ لأنهما اختلفا لفظاً ومعنى؛ لأن العتق موضوع للإسقاط، وليس فيه معنى التمليك، والهبة تمليك، وليس فيه معنى الإسقاط بوجه ما.

٦٢٠٧ - ولو شهدا جميعاً أنه وهب نفس العبد منه وجب القضاء بالعتق؛ لأنهما اتفقا على لفظ الهبة، فيثبت لفظ الهبة بشهادتهما، ويصير كأنا عاينا أنه وهب نفس العبد من العبد، فإن العبد يعتق، فكذا إذا ثبت ذلك بالبينة، فإن قال المولى: لم أنو العتق لا يصدق قضاء، ويصدق فيما بينه وبين ربه.

٦٢٠٨ - ولو شهدا أنه أوصى بنفس العبد للعبد وجب القضاء بالعتق؛ لأن الوصية عقد تمليك كالهبة، فكأنهما شهدا أنه وهب نفس العبد منه. إلا أنه إن كان قال: أوصيت لك بنفسك الساعة، فإنه يعتق للحال، وإن أطلق الوصية إطلاقاً يعتق بعد الموت على قياس ما روى عن محمد رحمه الله تعالى في النكاح، إذا قال الرجل لغيره: أوصيت لك ببضع ابنتي الساعة يثبت النكاح للحال، وإن أطلق ينصرف إلى ما بعد الموت، ولا يصح النكاح، فكذا ههنا.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من هـ وع وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من هـ وف.

٦٢٠٩ - وإذا قال الرجل لعبدين له: أيكما أكل هذا الرغيف فهو حر، فأكلاه جميعاً لا يعتق واحد منهما، كذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل المسألة إطلاقاً. ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا إذا كان الرغيف بحال يمكن لكل واحد منهما أكل جميعه، أما إذا كان بحال لا يمكن لكل واحد منهما أكل جميعه ينبغي أن يعتقا. ومنهم من قال: لا يعتقان على كل حال، وهو الأصح، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى في الأصل يدل عليه، والمعنى في هذا يخالف مسألة الخشبة إذا علق العتق بحملها، وقد بينا ذلك في الفصل الثالث من هذا الكتاب.

٦٢١٠ - فإن أقام أحد العبدين بينة أنه أكل الرغيف وحده، فقضى القاضي بعتقه، ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة أنه هو الذي أكل الرغيف وحده، فالقاضي لا يقضي بعتقه، ولا ينقض قضاءه الأول.

٦٢١١ - فرق بين هذا وبين ما إذا جاء الغلامان معاً، وأقام كل واحد منهما البينة أنه أكل الرغيف كله، فإن القاضي لا يقضي لكل واحد منهما. والفرق أن إحدى البينتين كاذبة بيقين، وكل واحدة يجوز أن تكون هي الكاذبة [وعلى هذا التقدير لا يجوز القضاء بها، فإذا جاءا معاً، وكل واحدة يجوز أن تكون هي الكاذبة](١)، فقد وقع الشك في جواز القضاء لكل واحد منهما، فلا يجوز القضاء بالشك.

٦٢١٢ - فأما إذا أقام أحدهما البينة أولاً فقد نفذ القضاء ظاهراً، وليس هناك ظاهر يمنع نفاذ القضاء، وهو قيام دليل الكذب في البينة الأولى، فإذا أقام الآخر بعد ذلك البينة، فقد وقع الشك في نقض القضاء، إن كانت الكاذبة هي الأولى ينتقض القضاء الأول، وإن كانت الكاذبة هي الثانية لا ينتقض القضاء الأول، والقضاء لا ينتقض بالشك كما لا ينفذ بالشك.

٦٢١٣ - وفرق بين ما إذا جاء الغلامان معاً، وأقام كل واحد منهما بينة أنه هو الذي أكل الرغيف، فقال: إذا لم يقبل القاضي بينة الغلامين وردهما، ثم ماتت بينة أحدهما، ثم أعاد الغلام الآخر بينة عند القاضي على ما شهدت له به أولاً، فإن القاضي لا يقبل شهادتهم؛ لأنه ردت شهادتهم مرة لتهمة الكذب. ولو لم ترد واحدة من البينتين حتى جاء أحد الغلامين بشاهدين آخرين يشهدان له بما شهد له به شهوده الأول، وجاء الغلام الآخر بشهوده الذين

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم.

شهدوا أنه [حر بمثل ما شهدوا به](١) أول مرة، فإن القاضي يقضي للغلام الذي جاء بشاهدين آخرين، بخلاف ما إذا جاء الغلام الآخر بشاهدين آخرين، فإن القاضي لا يقضي لواحد منهما. والفرق أنه إذا أقام كل واحد منهما بينة أخرى، وليست إحداهما بأن تجعل كاذبة بأولى من الأخرى، فصارتا حجتين تكاملتا للتعارض، أما هنا البينة التي ردها القاضي لتهمة الكذب تعينت كاذبة بقضاء القاضي، ولم تبق معارضة للأخرى، فيجب القضاء بالأخرى.

٦٢١٤- وإذا كان العبد مشتركًا بين رجلين، فشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه لا تقبل شهادته، موسرًا كان المشهود عليه أو معسرًا. إن كان موسرًا، فلأنه يثبت لنفسه بينة الشهادة حق تضمين صاحبه، ولأنه يشهد لعبده، فإنه يملك بعضه. وإن كان معسرًا، فالمعنى الثاني. وإذا لم يقبل شهادته بقي مقرًا أن صاحبه أعتق نصيبه، وأحد الشريكين إذا أقر على صاحبه أنه أعتق نصيبه، وصاحبه يجحد، فالعبد لا يترك رقيقًا، بل يقوم ويسعى في جميع قيمته بينهما نصفين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، سواء كانا موسرين أو كانا معسرين، أو كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا. وعندهما يسعى للمشهود عليه في نصف قيمته، سواء كان الشاهد موسرًا أو معسرًا. ويسعى للشاهد في نصف قيمته إذا كان المشهود عليه معسرًا [ولا يسعى له في شيء إن كان المشهود عليه موسرًا](٢).

فرع على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقال: إذا وجبت السعاية لهما لو شهد أحدهما على صاحبه أنه استوفى السعاية من العبد لا تقبل شهادته؛ لأنه يشهد لنفسه؛ لأنه يثبت لنفسه حق المشاركة مع صاحبه فيما استوفاه من السعاية؛ لأنه ما من جزء يستوفي أحدهما من هذه السعاية إلا وللآخر حق المشاركة معه. وكذلك إن استوفى أحدهما نصيبه من السعاية، ثم يشهد على صاحبه باستيفاء نصيبه لا تقبل؛ لأنه يشهد لنفسه فالقبض يسلم له إذا قبض صاحبه نصيبه بعد ذلك.

٦٢١٥- وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر، فشهد اثنان منهم على صاحبهما أنه أعتق نصيبه، وأنكر المشهود عليه، فالعبد يسعى بينهم أثلاثًا. وإذا استوفى أحدهم شيئًا من السعاية كان للآخرين أن يأخذا منه ثلثي ما أخذ. وإذا شهد اثنان منهم على الآخر أنه استوفى نصيبه من السعاية لا يقبل. والجواب في هذه المسألة والمسألة الأولى سواء، إلا أن هناك الحساب

(١) أثبت من ف، وفي ب: شهدوا أول مرة حتى شهدوا أنه حر بمثل ما شهدوا به.

(٢) أثبت من ب.

بالمناصفة؛ لأن الشريك مثان. وههنا حساب بالثلثة؛ لأن الشركاء ثلاثة.

٦٢١٦ - وإذا كان العبد بين ثلاثة، فغاب أحدهم، فشهد الآخران الحاضران على الغائب أنه أعتق نصيبه من هذا العبد، فإنه يحال بين العبد وبين الحاضرين، فإذا حضر الغائب ينبغي للعبد أن يعيد البينة، فإذا أعاد البينة عليه يقضي عليه بعتق نصيبه. وعلى قولهما القاضي يقبل هذه الشهادة في الحال، ويقضي بعتقه، فإذا حضر الغائب لا يؤمر العبد بإعادة البينة عليه.

والحاصل أن هذه الشهادة على العتق مقبولة على الغائب [عند أبي يوسف ومحمد](1)

وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هذه الشهادة لا تقبل على العتق على الغائب، فإنما تقبل في حق قصر يد الحاضرين. وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإعتاق يتجزأ، فإنما شهدا بعتق نصيب الغائب لا غير، والشهادة على العتق قامت على غائب ليس عنه خصم حاضر فلا تقبل. وأما في حق قصر يد الحاضرين قامت على الحاضر، فقبلت. وعندهما الإعتاق لا يتجزأ، فالشهادة على العتق قامت على الحاضر كما قامت على الغائب، فقبلت على العتق، وصار الحاضر في إنكار العتق خصمًا عن الغائب.

٦٢١٧ - وإذا شهد أحد الشركاء في العبد على أحد شريكيه أنه أعتق نصيبه، وشهد الشريك الآخر على الشاهد الأول أنه أعتق نصيبه، فالقاضي لا يقضي على واحد منهما بالعتق؛ لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا شاهد واحد.

٦٢١٨ - وإذا كان العبد بين مسلم ونصراني، فشهد نصرانيان على المسلم أنه أعتق نصيبه لا تقبل. ولو شهد النصرانيان على النصراني أنه أعتق نصيبه قبلت شهادتهما.

فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل شهادتهما على النصراني أيضًا؛ لأن الشهادة متى قامت على النصراني بالعتق قامت على المسلم بقصر اليد.

قلنا: شهادتهما قامت على النصراني مقصودًا، وما ثبت من قصر يد المسلم، فذلك يثبت حكمًا، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن المسلم إذا كان له عبد نصراني مأذون في التجارة، فشهد نصرانيان على العبد بالدين، فإنه يقبل شهادتهما، وطريقه ما قلنا.

٦٢١٩ - فإن شهد نصرانيان على شهادة مسلمين أن النصراني أعتق العبد لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يثبتان فعلًا على المسلم، وشهادة النصراني على ذلك لا تقبل، ألا ترى أنه

(١) أثبت من بعض النسخ المتوفرة لدي.

لو شهد نصرانيّان أن قاضياً من قضاة المسلمين قضى لهذا النصراني [على هذا النصراني][1] بكذا وكذا، فالقاضي لا يقبل شهادتهما، وإن كانا يشهدان للكافر على الكافر؛ لأنهما يثبتان فعلا على المسلم أولا وهو القاضي.

٦٢٢٠- وإذا شهد ابنا العبد أن المولى أعتقه على مال أو بغير مال، والمولى يجحد، والعبد يدعي لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما. ولو كان المولى يدعي العتق بالمال، والعبد يجحد، وشهد ابنا العبد تقبل شهادتهما؛ لأن العتق ثبت بإقرار المولى، ولا حاجة إلى إثباته بالشهادة، وإنما الحاجة إلى إثبات المال، والشهادة بالمال شهادة على الأب.

٦٢٢١- وإذا شهد ابنا العبد على المولى أنه قال: يوم يدخل أبوكما الدار، فهو حر، وشهد آخران على الدخول، لا تقبل شهادة الابنين؛ لأن العتق يجب بالحلف، فصار شاهدين للأب بالعتق.

٦٢٢٢- ولو شهد أجنبيّان باليمين، وشهد ابنا العبد الشرط لا تقبل شهادتهما أيضاً استحساناً؛ لأن العتق إن كان لا يثبت بالشرط يثبت عنده، فصار أمر هذا الوجه كالشاهدين للأب. وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر، ادعى أحدهم أنه أعتق نصيبه على كذا[2]، وقال العبد: أعتقني بغير شيء، وشهد الشريكان أنه أعتقه على كذا، فشهادتهما جائزة؛ لأن العتق قد ثبت [بإقراره إلى ا][3] المنازعة في المال، وفيما يرجع إلى المال هذه شهادة منهما على عبدهما، وكذلك إذا شهد أبو الشريكين أو أبناهما بذلك؛ لأنها يشهدان على عبد أبويهما، أو على عبد ابنيهما، وكل ذلك جائز.

٦٢٢٣- وإذا أعتق بعض الشركاء العبد، وفي يد العبد مال اكتسبه [ولا يدري متى اكتسبه، واختلف فيه الشركاء والعبد، قال الشركاء: اكتسبه قبل العتق، وقال العبد: اكتسبه][4] بعد العتق، فالقول قوله؛ لأن الكسب حادث، فيحال بحدوثه على أقرب ما ظهر، وإنما يظهر الكسب للحال، فيجعل القول قول من يدعي حدوثه في الحال وهو العبد. ولأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) وفي "ب": على شيء مكان على كذا.

(٣) هكذا في "ظ"، وكان في النسخ الباقية التي توجد عندنا: بإقرار المنازعة.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

العبد بعتق البعض صار مكاتبًا حكمًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، فيعتبر [لفرز][1] بما لو كان مكاتبًا حقيقة . والمكاتب الحقيقي فيما في يده بمنزلة الحر . والقول قول الحر فيما في يده أنه له عند منازعة غيره إياه ، كذا ههنا .

٦٢٢٤ - وإذا كان العبد بين رجلين شهد شاهدان على أحدهما أنه أقر أنه أعتقه وهو موسر ، فالقاضي يقضي بعتقه ، وكان لشريكه أن يضمنه ، وكان ولاء العبد له . وإن جحد ذلك ، لأن القاضي[2] لما قضى عليه بالعتق ، فقد كذبه في جحوده ، فالتحق جحوده بالعدم .

٦٢٢٥ - ولو شهدوا عليه أنه أقر أنه حر الأصل ، فالقاضي يقضي بحريته ، ولا ولاء له عليه ، وليس لشريكه أن يضمنه ، بخلاف المسألة الأولى .

والفرق أنا نعتبر إقرار الثابت بالبينة بالثابت معاينة ، ولو عاينا إقراره [بالإعتاق كان ولاء له ، وكان لشريكه أن يضمنه ؛ لأنه أقر بسبب الضمان ، وسبب الولاء ، ولو عاينا إقراره][3] أنه حر الأصل لم يكن له عليه ولاء ، ولم يكن لصاحبه حق التضمين ؛ لأنه ما أقر بسببهما على التعيين ؛ لأن سببهما على التعيين إعتاقه إياه ، وهو لم يقر بذلك .

٦٢٢٦ - ولو شهدا على إقراره على أن الذي باعه قد كان أعتقه قبل أن يبيعه عتق من مال المشهود عليه ؛ لأنا لو عاينا إقراره بذلك لكان يعتق عليه العبد ؛ لأن بإقراره يجب شيئان : فساد البيع ، وبطلان حق البائع في الثمن ، وهذا إقرار على الغير ، وحرية العبد ، وفساد ملكه ، وهذا إقرار منه على نفسه ، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح ، فكذا إذا ثبت إقراره بالبينة .

٦٢٢٧ - وإذا شهدوا على إقراره أن الذي باعه قد كان دبره[4] قبل أن يبيعه ، أو كانت أمة شهدوا على إقراره أنها ولدت من البائع قبل البيع ، فإنه يحال بين المشتري وبينها ؛ لأنه لو ثبت إقراره بذلك معاينة كان الجواب كما قلنا ؛ لأنه أقر على نفسه بقصر يده عنها ، وبحرمة استرقاقه إياها ، وهذا أمر عليه ، فيصح إقراره بذلك ، فكذا إذا ثبت إقراره بالبينة . ولا يعتق واحد منهما حتى يموت البائع . وإذا مات عتقا ؛ لأنه لو عتق عتق بإقرار المشتري ، والمشتري ما أقر له بالعتق إلا بعد موت البائع . ولا يسعيان لواحد منهما ؛ لأن السعاية بدل الملك ، وكل واحد منهما يتبرأ

---

(١) أثبت من م .

(٢) وفي ب و ف : إلا أن القاضي ... إلخ .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ ، م وف .

(٤) وفي ف : أعتقه وكان دبره .

عن ملكهما، فيكون متبرعاً عن السعاية.

٦٢٢٨ - ذكر البقالي في "فتاواه": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن شهد عليه رجل أنه قال سنة ست: كل مملوك لي حر بعد موتي، وشهد الآخر أنه قال ذلك سنة سبع، وشهد الآخر أنه قال ذلك سنة ثمان ومات فيها - يعني في سنة ثمان - وقالوا: لا ندري رقيقه، قال: من أقام من رقيقه بينة أنه كان له سنة ست عتق بشهادة الآخرين، يعني الأوسط والآخر. هكذا ذكر، ومعناه أن شهود هذا الرقيق شهدوا أنه كان له سنة ست مطلقاً، ولم يقولوا: كان له سنة ست وقت مقالته ذلك. أما لو قالوا: أن كان له سنة ست وقت مقالته ذلك عتق بشهادة الكل. قال: ومن أقام منهم بينة أنه كان له سنة سبع، فإن شهدوا أنه كان له من وقت مقالته ذلك في سنة سبع عتق بشهادة الأوسط والآخر، وإلا لم يعتق، ولا يعتق من كان له سنة ثمان. قال ثمة: قال ذلك في أيام الخلفاء.

٦٢٢٩ - وفي آخر عتاق "الأصل": إذا قال الرجل لعبده: إن دخلت دار فلان، فأنت حر، وشهد فلان وآخر أنه دخل داره[1]، تقبل شهادتهما، فرق بين هذا وبين ما إذا قال له: إن كلمت فلاناً، فأنت حر، فشهد فلان وآخر أنه كلمه لا تقبل شهادتهما. والفرق أن الذي شهد أنه كلمه شاهد على فعل نفسه، لأن كلام العبد معه لا يتحقق إلا بحضرته وسماعه، وذلك فعله، وشهادة الإنسان على فعل نفسه لا يقبل، فخرج هو من البين، فلم يبق إلا شاهد واحد، وأما صاحب الدار ما شهد على فعل نفسه، إنما شهد على فعل العبد لا غير، لأنه لا يحتاج في دخول العبد داره إلى فعل من جهته، فكان شاهداً على فعل الغير من كل وجه، ولهذا افترقا.

٦٢٣٠ - وإن شهد ابنا فلان أن العبد قد تكلم أباهما، فإن كان الأب يدعي ذلك لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد ذلك، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا تقبل شهادتهما، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: تقبل. والأصل أن شهادة الابن على فعل أبيه إذا كان للأب فيه منفعة لا تقبل بلا خلاف، وإذا لم يكن للأب فيه منفعة، فهو على الخلاف، وستأتي المسألة مع أجناسها في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

---

(١) وفي النسخ الثلاثة التي يوجد عندنا: أنه دخل الدار.

الفصل الثامن في تفويض العتق إلى غيره

٦٢٣١- إذا قال لأمته: أمرك بيدك، ينوي العتق فهذا على المجلس. وكذلك إذا قال لأجنبي: أمر أمتي فلانة بيدك، ينوي العتق، فهذا على المجلس. ولو قال لأمته: أعتقي نفسك فهو على المجلس. ولو قال لأجنبي: أعتق أمتي فلانة، فهذا على المجلس وما بعده. والجواب في العتاق في هذا نظير الجواب في الطلاق.

٦٢٣٢- وكذلك إذا قال لأمته: أنت حرة إن شئت، يعتبر مشيئتها في المجلس، حتى لو شاءت بعد ما قامت عن المجلس لا تعتق، ولو قال لأمة من إمائه: أنت حرة وفلانة إن شئت، فقالت: قد شئت عتق نفسي لا تعتق؛ لأن قوله: إن شئت كلام لا يستقل بنفسه، فينصرف إلى ما سبق ذكره، والسابق ذكره عتقهما، فصار شرط وقوع العتق مشيئتها عتقهما، كأنه قال لها: إن شئت عتقك وعتق فلانة، فأنتما حرتان، فإن شاءت عتق نفسها، فقد أتت ببعض الشرط، فلا ينزل شيء من الجزاء.

٦٢٣٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": إذا قال الرجل لغيره: من شئت عتقه من عبيدي فأعتقه [فشاء][1] المخاطب عتقهم جميعًا معًا عتقوا جميعًا إلا واحدًا منهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والخيار إلى المولى، وعندهما يعتقون جميعًا، هكذا ذكر المسألة في رواية أبي سليمان. وذكر في رواية أبي حفص رحمه الله تعالى: فأعتقهم المأمور جميعًا معًا عتقوا إلا واحد منهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. والصحيح رواية أبي حفص؛ لأن المعلق بمشيئة المأمور الإعتاق دون العتق.

٦٢٣٤- وعلى هذا الخلاف إذا قال: من شئت عتقه من عبيدي، فهو حر، فشاء عتقهم جميعًا عتقوا عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يعتق الكل إلا واحدًا منهم. وأجمعوا على أنه لو قال: من شاء عتقه من عبيدي فأعتقه، فأعتقهم جميعًا عتقوا جميعًا. والاختلاف فيما إذا كانت المشيئة مضافة إلى المخاطب لا إلى العبيد.

وجه قولهما: إن كلمة "من" كلمة عامة، وهي محكمة في إفادة العموم، وكلمة "من

---

(١) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: وفهم المخاطب.

كما تضمن التبعيض يحتمل التمييز، قال الله تعالى ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ﴾[1].
ويقال: باب من حديد، والمراد هو التمييز، فيعمل بالمحكم، ويرد المحتمل عليه.

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه وجد ههنا ما يوجب العموم، وهو كلمة "من" وما يوجب الخصوص وهو كلمة "من"[2]، وإن كانت من للتبعيض لغة، والعمل بهما ممكن بأن يدخل جميع العبيد تحت الأمر إلا [واحدا منهم، وإنما اكتفينا بالواحد][3] منهم في حق العمل بكلمة "من"؛ لأن كلمة "من" ههنا مذكورة لإخراج بعض العبيد عن الجملة؛ لأن "من" تتناول الكل، فكان "من" لإخراج بعض ما دخل تحت الأمر، والواحد متعين، وما زاد عليه مشكوك، فلا يخرج بالشك والاحتمال، وفي قوله: من شاء عتقه من عبيدي، فأعتقه العمل بما يوجب الخصوص [من غير ممكن، لأنا لو عملنا بما يوجب الخصوص][4] ابتداء، وجعلنا الداخل تحت الأمر بعض العبيد يلزمنا العمل بما يوجب العموم انتهاء، لأن البعض الداخل تحت الأمر يصير عاما؛ لأنه موصوف بصفة عامة، وهي المشيئة، فعم، فقلنا: بالعموم ابتداء، فصيرا للمسابقة؛ أما في مسألتنا العمل بما يوجب الخصوص في الابتداء لا يوجب العمل بما يوجب العموم في الانتهاء، لأن الداخل تحت الأمر معلق عن الصفة والخارج كذلك، فلا تعم في الانتهاء، فعملنا بهما لهذا.

٦٢٣٥ - وفي "الأصل": لو قال لأمتين له: أنتما حرتان إن شئتما، فشاءت إحداهما، فهو باطل؛ لأن معنى كلامه: إن شئتما حريتكما، فلا يتم الشرط بمشيئة إحداهما. ولو قال لهما: أيتكما شاءت العتق، فهي حرة، فشاءتا جميعا عتقتا؛ لأن كلمة "أي" تتناول كل واحدة على الانفراد، ولو شاءت إحداهما عتقت التي شاءت، ولو شاءتا، فقال الزوج: أردت إحداهما صدق ديانة لا قضاء، والجواب في العتق نظير الجواب في الطلاق.

٦٢٣٦ - وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لآخر أعتق أي عبيدي شئت، فأعتق المأمور كلهم جاز. وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: أعتق أي عبيدي شئت، فليس له أن يعتق أكثر من واحد، ولو أعتق أكثر

(١) سورة الحج الآية رقمها: ٣٠.
(٢) وفي ص: وهو كلمة من وما.
(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ف.
(٤) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ف.

من واحد لم يقع إلا على واحد منهم. ولو قال: كل أيّ هذا الطعام شئت، فله أن يأكل كله.

وفرق بين العبيد وبين الطعام على رواية ابن سماعة. وفي رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: الذين يشاؤون العتق منهم، فهم أحرار، فشاء واحد منهم لا يعتق، وإن شاء اثنان فصاعداً عتقوا كلهم، كأنه قال: إن شاء عبيد من عبيدي العتق فهم أحرار. وكذلك لو قال: إن دخل عبيد من عبيدي الدار، فهم أحرار، فدخل واحد لا يعتق، وإن دخل اثنان فصاعداً عتقوا.

٦٢٣٧ - وفي «الإملاء» عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: جعلت عتق عبيدي إليك، فليس له أن يبيعه، وهو إليه في مجلسه. وكذلك لو قال: أعتق أي عبدي هذين شئت. وكذلك العتاق بالجعل.

٦٢٣٨ - ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل قال لعبده: افعل في نفسك ما شئت قال: إن أعتق نفسه قبل أن يقوم عن مجلسه عتق، وإن قام قبل أن يعتق نفسه لم يكن له أن يعتق نفسه بعد ذلك، وله أن يبيع نفسه، وأن يهب نفسه، وأن يتصدق بنفسه على من شاء.

٦٢٣٩ - هشام قال: سمعت[1] محمداً رحمه الله تعالى يقول: في رجل عاتبته امرأته في جاريته، فقال: أمرها بيدك، فأعتقتها المرأة، قال: إن نوى المولى العتق عتقت وإلا كان هذا على البيع، وإن قال: أمرك فيها جائز، فهذا على العتق وغيره.

وفي «وكالة» «الأصل»: الوكيل بالإعتاق بمال لا يملك أن يقبض المال إذا أعتق. وفيه أيضاً: الوكيل بالإعتاق مطلقاً لا يملك التدبير كالكتابة والإعتاق على مال. وكذا لا يملك التعليق بالشرط والإضافة إلى الأوقات. وإذا قال لعبده: أعتق نفسك[2] بما شئت، فأعتقه على دراهم، فهو جائز إذا رضي به المولى. وعلى هذا الخلع والطلاق. وهذا لأن الواحد لا يصلح وكيلاً من الجانبين في هذه العقود إذا لم يكن البدل مسمى، فصار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة. ولو عدم التوكيل، فقال العبد: أعتقت نفسي على كذا، أو قالت المرأة: خلعت نفسي بكذا، طلقت نفسي بكذا إن رضي به الزوج والمولى جاز، وإلا فلا، كذا ههنا.

٦٢٤٠ - وهذا إذا لم يكن البدل مسمى، ولو كان البدل مسمى في هذه العقود، وقال

(١) وفي «ب» و «ف»: سألت.

(٢) وفي «ج»: أعتق على نفسك.

الفصل التاسع في التدبير

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في بيان صورته وصفته وحكمه:

٦٢٤٢- فنقول: التدبير نوعان: مطلق، ومقيد. أما المطلق فصورته أن يقول المولى لعبده: إذا مت فأنت حر، أو يقول: إن مت فأنت حر، أو يقول: أنت حر بعد موتي، أو يقول: دبرتك، أو يقول: أنت مدبر. فالحاصل أن المدبر المطلق من تعلق عتقه بمطلق موت المولى. ومن حكمه أنه لا يجوز بيعه عند علمائنا رحمهم الله تعالى. وإنما لا يجوز بيعه؛ لأن التدبير المطلق انعقد سببًا للحرية للحال، وإن تراخى حكمه إلى ما بعد الموت. بيان ذلك: أن العتق يثبت بعد الموت، والعتق لا بد له من الإعتاق، ولو لم يجعله إعتاقًا للحال يحتاج إلى جعله إعتاقًا بعد الموت، والإعتاق فعل، والميت ليس من أهل الفعل، فمست الضرورة إلى جعله إعتاقًا للحال، وذلك لا يمكن إلا بجعل الشرط داخلًا على حكم السبب، وإذا جعل هنا هكذا في قوله: أنت حر بلا شرط، فينعقد سببًا للحرية وإن تراخى حكمه.

وإذا ثبت هذا فنقول: انعقد سبب حرية حق المدبر، فلو جاز بيعه يبطل هذا الحق، وإنه لا يجوز، ولو قضى قاضٍ بجواز بيعه ينفذ؛ لأن المسألة مختلفة، والموضع موضع الاشتباه.

٦٢٤٣- وأما التدبير المقيد، فصورته أن يقول الرجل لعبده: إن مت من مرضي هذا، فأنت حر، أو يقول: إن مت من سفري هذا، فأنت حر، وله صور كثيرة تأتي بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

والحاصل أن المدبر المقيد من لا يكون عتقه متعلقًا بمطلق موت المولى، وهذا التدبير لا يمنع جواز بيعه، ولكن إذا لم يبعه، ووجد الشرط يعتق.

٦٢٤٤- وإذا قال لعبده: أنت حر يوم أموت، إن لم ينو النهار دون الليل كان مدبرًا مطلقًا؛ لأن اليوم إذا كان مضافًا إلى ما [لا يمتد](١) كالموت يكون عبارة عن مطلق الوقت، فكأنه قال: أنت حر وقت ما أموت، وإن نوى النهار دون الليل كان مدبرًا مقيدًا؛ لأن موته في النهار قد يوجد، وقد لا يوجد، فكان بمنزلة ما لو قال: إن مت من مرضي هذا.

---

(١) هكذا في ب و ... وزاد في الأصل و ... إلى ما بعد الموت.

٦٢٤٥ - ولو قال له . أنت حر بعد موتي وموت فلان ، أو قال . بعد موت فلان وموتي فهذا لا يكون مدبراً مطلقاً في الحال ؛ لأن المدبر المطلق من تعلق عتقه بموت مطلق المولى ، وعتق هذا العبد ما تعلق بمطلق موت المولى إنما تعلق بموته وموت فلان . وإن مات فلان أولاً ، والغلام في ملك المولى يصير[1] مدبرا مطلقاً ؛ لأن بعد موت فلان يصير عتقه معلقا بمطلق موت المولى . وإن مات المولى قبل موت فلان لا يصير مدبراً ، وكان للورثة أن يبيعوه ؛ لأن بعد موت المولى يصير عتقه معلقا بموت الأجنبي ، فيصير كما لو علق عتقه بموت الأجنبي ابتداء ، وهناك لا يصير مدبراً ، وهناك إذا مات المولى قبل موت الأجنبي يصير ميراثا لورثته ، كذا ههنا .

٦٢٤٦ - ولو قال له . إذا كلمت فلانا ، فأنت حر بعد موتي ، فكلم فلانا يصير مدبراً ، بناء على ما قلنا . وفي « المنتقى » : قال محمد رحمه الله تعالى : عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد . إن مت أنا وفلان يعني شريكه فأنت حر ، لم يكن مدبراً ، وكذلك لو قال [الآخر][2] مثل ذلك ، فإن مات أحدهما صار العبد مدبراً من الآخر

٦٢٤٧ - وفي « الأصل » . لو قال له : أنت حر بعد موتي إن شئت ، فإن المولى ينوى في ذلك ؛ لأن قوله : إن شئت يحوز أن يكون المراد منه المشيئة في الحال ، ويجوز أن يكون المراد منه المشيئة بعد الموت ، فإن كان أراد به الساعة صحت نيته ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه . وإذا قال العبد ساعتئذ : شئت يصير مدبراً ، ويصير تقدير المسألة : أنت حر بعد موتي إن شئت الساعة ، وهناك إذا شاء الساعة يصير مدبراً ؛ لأن بعد المشيئة يصير عتقه معلقاً بمطلق موت المولى . وإن كان أراد المشيئة بعد الموت صحت نيته أيضا ، وتكون له المشيئة بعد الموت .

٦٢٤٨ - وكذلك إذا لم يكن له نية تكون له المشيئة بعد الموت ؛ لأنه لم يذكر للمشيئة وقتا من حيث النص ، ولا بد للمشيئة من وقت ، فكان حمل وقتها بعد الموت ، وإنها ذكرت بعد الموت أولى .

٦٢٤٩ - وإذا كانت له المشيئة في هذين الفصلين بعد الموت ذكر أنه لا يكون مدبراً ؛ لأنه ما علق عتقه بموت المولى بل بموته ، وبمشيئة العبد بعد ذلك ، والمدبر من تعلق عتقه بمطلق موت المولى ، أو نقول : المدبر من تعلق عتقه بمطلق موت المولى ، وههنا المتعلق بموت المولى الإيصاء بالعتق لا وقوع العتق ، وهذا اللفظ يشير إلى أن هذا العبد لا يعتق ، وإن شاء العتق بعد موت

(١) في « ب » . والغلام في ملك المولى الآن يصير مدبراً مطلقاً ، وفي « ب » : إلا أن يصير مدبراً مطلقاً

(٢) هكذا في « ظ » و« ب » و« ف » ، وكان في « م » : لو قال الآخر

المولى ما لم يعتقه الوصي ، وهو اختيار الفقيه أبي بكر الرازي رحمه الله تعالى ، وهكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى . ووجه ذلك أنه تعذر تعليق وقوع [العتق][1] بمشيئة توجد بعد الموت ؛ لأن العتق لو وقع بمشيئة توجد بعد الموت إما أن يقع بحكم التدبير ؛ ولا وجه إليه ؛ لأن العتق في التدبير يقع بمجرد موت المولى ، وإما أن يقع بحكم اليمين ، ولا وجه إليه أيضاً ؛ لأن العتق حينئذ يكون مضافاً إلى حال زوال الملك ، وأنه لا يصح ، وإذا تعذر تصحيح اليمين والتدبير جعلناه إيصاء بالعتق ، ومتى شاء العبد ؛ لأن التدبير وصية بالعتق ، فصار كأنه قال : أعتقوا عبدي بعد موتي إن شاء ، ولو صرح به يصح .

٦٢٥٠ - وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه : إذا مات المولى ، فشاء العبد عتقه ، فهو حر من ثلثه لوجود الشرط لا بالتدبير ، وهذا تنصيص على أن تعلق مشيئة العبد بعد الموت العتق لا الإيصاء بالعتق .

٦٢٥١ - وفي « المنتقى » ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال لعبده : إذا مت ، فأنت حر إن شئت ، فالمسألة بعد الموت . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : المشيئة على المجلس الساعة . قال محمد رحمه الله تعالى : وكذلك إذا قال : إن شئت ، فأنت حر بعد موتي ، فالمسألة بعد الموت . قال : ألا يرى أنه لو قال : إذا جاء غد ، فأنت حر إن شئت ، فالمشيئة إليه بعد طلوع الفجر من الغد ، وكذا في الموت ، وسوي بين تقديم المشيئة وتأخيرها .

٦٢٥٢ - وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في « الإملاء » : رجل قال لعبده : أنت حر بعد موتي إن شئت ، أو قال : إن شئت ، فأنت حر بعد موتي ، فالمشيئة للعبد فيهما جميعاً بعد الموت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إذا قدم المشيئة ، فالمشيئة للعبد الساعة ، وإذا أخر ، فالمشيئة له بعد الموت . وفي « المنتقى » أيضاً عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال لعبده : أنت حر بعد موتي إن شئت ذلك بعد موتي ، فقام عن مجلسه الذي علم بموت المولى فيه لم يبطل ما جعل إليه ، حتى يقول : قد أبطلت الوصية ، والمشيئة في ذلك ، وإن نوى غير ذلك في حياته بطل .

٦٢٥٣ - وفي « الأصل » : لو قال له : أنت حر بعد موتي إن دخلت الدار لا يصح هذا التصرف عندنا أصلاً ، بخلاف ما إذا قال له : أنت حر بعد موتي إن شئت . والفرق أن في فصل المشيئة صححنا تصرفه بطريق الوصية ، وتعليق الوصية بالمشيئة صحيح ، وتعذر تصحيح هذا

---

(1) هكذا في ب و م ، وكان في الأصل و ظ و س : الطلاق .

المدبر يسعى في ثلثي قيمته مدبراً للورثة. ومعرفة قيمة المدبر تأتي بعد هذا -إن شاء الله تعالى.

٦٢٥٨- وإذا قال لعبده: إن مت فلا سبيل لأحد عليك يصير مدبراً. وإذا قال لعبده: أوصيت لك برقبتك، فقال: لا أقبل فهو مدبر، ورده ليس بشيء، رواه ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى.

نوع آخر منه:

٦٢٥٩- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا قال الرجل: كل مملوك لي حر بعد موتي، أو قال: كل مملوك أملكه، فهو حر بعد موتي، قال: ما كان في ملكه يوم قال هذه المقالة: فهو مدبر، ولا يجوز بيعه، وما يملكه بعد ذلك لا يصير مدبراً، ويجوز بيعه، ولكن إذا بقي في ملكه[1] إلى وقت الموت يعتق من ثلث ماله مع المدبر[2].

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ما يملكه بعد هذه المقالة لا يعتق بموته. ووجه ظاهر الرواية: أن قوله: كل مملوك لي يقع للحال بحكم [الوضع، وقوله: أملكه للحال بحكم][3] العرف، وقد أضاف عتق ما يملكه في الحال إلى ما بعد الموت، وإنما يعتق ما يملكه في الحال، لا ما يملكه بعد ذلك، ألا ترى أنه لو نجز فقال: كل مملوك لي حر، أو قال: كل مملوك أملكه، فهو حر، فإنما يعتق ما هو في ملكه في الحال، ولا يعتق ما يملكه بعد ذلك.

ومحمد رحمه الله تعالى يقول: بأن التدبير ما صح من حيث إنه عتق مضاف إلى وقت في المستقبل؛ لأن الإضافة حصلت إلى حال زوال الملك[4]، وإنما صحت بطريق الوصية؛ لأن إضافة الوصية إلى حال زوال الملك جائزة شرعاً نظراً للعباد. وإذا كان جواز هذا التصرف بطريق الوصية يجب اعتبارها بالوصية.

٦٢٦٠- ومن قال: أوصيت لفلان بكل مملوك [لي، أو قال: بكل مملوك][5] أملكه، ولم ينص على الحال يتناول ذلك ما يملكه للحال، وما يملكه بعد ذلك، كذا ههنا، إلا أن ما

---

(١) وفي "م": في ملكه يوم إلى وقت.

(٢) وفي "ب" و"ف": مع المدبرين

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٤) هكذا في "ب" و"ف" و"م"، وكان في الأصل و"ظ": حصلت في حال زوال الملك.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

يملكه في الحال يصير مدبراً ؛ لأن السبب في حقه وهو الوصية انعقد للحال ، وما يملكه بعد ذلك لا يصير مدبراً ؛ لأن السبب وهو الوصية لا ينعقد في حقه للحال ، وإنما ينعقد عند الموت كما في المدبر المقيد.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى برواية ابن سماعة : أن الحالف لو قال : نويت كل مملوك لي يومئذ يدخل فيه ما يستفيده ، ولم يصدق على ما في يده ، وهم مدبرون. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى : هذا خلاف الأصل.

٦٢٦١- وإذا قال : كل مملوك لي حر بعد موتي لا يدخل تحته مملوك بينه وبين غيره ؛ لأن هذا التصرف إما أن يعتبر بالعتق المنجز أو بالوصية ، وبأي ذلك اعتبرنا لا يدخل تحته عبد بينه وبين غيره ؛ لأن اسم المملوك لا ينطلق على الشخص -والله سبحانه وتعالى أعلم-

نوع آخر منه:

٦٢٦٢- وتدبير الصبي عبده لا يصح ؛ لأنه مما يضره ، ويستوي فيه التنجيز والتعليق ببلوغه ، حتى إذا قال الصبي لعبده : إذا أدركت فأنت حر بعد موتي لا يصح.

٦٢٦٣- وكذلك المجنون والمعتوه الغالب لا يصح تدبيرهما. ويصح تدبير السكران ، وكذا المكره على التدبير إذا دبر يصح تدبيره ، وإنما يصح باعتبار العتق لا من حيث إنه وصية ، فإن الوصية من المكره لا يصح. والمكاتب إذا دبر مملوكاً من كسبه لا يصح. وكذا العبد المأذون له في التجارة إذا دبر لا يصح تدبيره.

٦٢٦٤- وإذا قال لغيره : دبر عبدي ، فأعتقه المأمور لا يصح ؛ لأنه أمره بعتق معلق ، وقد أتى بعتق منجز ، وهما مختلفان.

٦٢٦٥- وإذا جعل الرجل أمر عبده إلى صبي ، فقال : دبره إن شئت [فدبره][١] ، فهو جائز ، سواء كان الصبي يعقل أو لا يعقل ، إن كان يعقل فظاهر ، وإن كان لا يعقل ، فطريقه أن يجعل كلام الصبي شرطاً لوقوع التدبير ، كأنه قال لصبي لا يعقل : إن قلت إنك مدبر فهو مدبر ، وقول الصبي يصلح شرط وقوع التدبير ، كما يصلح شرط وقوع الحرية.

٦٢٦٦- وإذا جعل أمر عبده في التدبير إلى رجلين ، فدبره أحدهما لا يصح ، بخلاف ما إذا قال لهما : دبراه ، فدبره أحدهما حيث يصح.

---

(١) هكذا في "ب" و"ف" ، وكان في الأصل و"ظ" : تدبيره.

٦٢٦٧ - وإذا دبر عبده، ثم ذهب عقله ومات، فالتدبير على حاله، وإن كان فيه معنى الوصية، بخلاف ما إذا أوصى برقبته لإنسان، ثم جن، ثم مات حيث يبطل الوصية، والفرق أن الوصية بالرقبة لا تقع لازمة، حتى ملك الموصي فسخها قصداً بالرجوع وحكماً بالبيع، فيكون لدوامها حكم الابتداء، فما يمنع ابتداء الوصية يمنع بقاءها. وأما التدبير وصية لازمة حتى لا يملك المولى فسخه، فلا يكون لدوامه حكم الابتداء، حتى يقال: ما يمنع ابتداءه يمنع بقاءه.

٦٢٦٨ - ولو قال: يوم أدخل الدار، فعبدي هذا حر بعد موتي، فذهب عقله، ثم دخل الدار كان مدبراً، وكان ينبغي أن لا يصير مدبراً؛ لأن المعلق بالشرط عند الشرط كالمرسل، وعند الشرط هو معتوه[1].

قلت: المعلق بالشرط عند الشرط كالمرسل عند الشرط، ولكن على الوجه الذي تعلق بالشرط، وقد تعلق بالشرط تدبير صحيح، فينزل عند الشرط تدبير صحيح أيضاً.

وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى: إذا قال لعبده: إن مت، أو قتلت، فأنت حر، فعلى قول زفر: هو مدبر؛ لأن عتقه تعلق بمطلق موت المولى، حتى يعتق إذا مات على أي وجه مات، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يكون مدبراً؛ لأنه علق عتقه بأحد شيئين، والقتل إن كان موتاً، فالموت ليس بقتل، والتعليق بأحد الشيئين يمنع أن يكون عزيمة في أحدهما خاصة، فلا يصير مدبراً، حتى يجوز بيعه -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع آخر من هذا الفصل:

٦٢٦٩ - كل تصرف يقع في الحر نحو الإجارة، والاستخدام، والتزويج، لا يمتنع في المدبر والمدبرة، حتى إن المولى يملك إجارة المدبر والمدبرة، واستخدامهما وتزويجهما، وكل تصرف لا يقع في الحر نحو البيع والإمهار يمتنع في المدبر، حتى إن المولى لا يملك بيعه وإمهاره، وهذا لأن المدبر باق على حكم ملك المولى، إلا أنه انعقد سبب الحرية في حقه، فكل تصرف يبطل هذا السبب، فالتدبير يمنع المولى عنه صيانة لحق المدبر عن البطلان، وكل تصرف لا يبطل هذا السبب، فالمولى يكون مطلقاً فيه بحكم ملك الرقبة.

إذا ثبت هذا فنقول: الإجارة، والنكاح، والاستخدام لا يبطل هذا السبب، فلا تمتنع

---

(١) وفي ب: معدوم.

على المولى بحكم التدبير. ويجوز كتابته أيضاً؛ لأن بالكتابة لا يبطل السبب المنعقد حقاً بالمدبرة في الكتابة يتعجل عند أداء بدل الكتابة ما كان مؤجلاً إلى يوم الموت. ولا يجوز رهنه؛ لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء، واستيفاء الدين من مالية المدبر غير ممكن؛ لأن استيفاء الدين من المالية يكون بطريق البيع، وبيع المدبر لا يجوز، وإذا تعذر حقيقة الاستيفاء من مالية المدبر لا يثبت يد الاستيفاء، واكتساب المدبر والمدبرة للمولى.

وكذلك أرشهما، ومهرها للمولى؛ لأنهما بقيا على حكم ملك المولى كالأمة، وولاؤهما لمن دبر لا ينتقل عنه. حتى إن المدبر إذا كان بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر، وضمن قيمة نصيب شريكه عتق المدبر، ولم يتغير الولاء؛ لأن العتق هنا يثبت من جهة المدبر في الحقيقة لا من جهة الذي أعتقه، لأن المعتق بأداء الضمان لا يملك نصيب الشريك هاهنا؛ لأن المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وإنما وجب الضمان لإثبات المخالفة بين المدبر والمولى، إما أن يقال: إن المعتق يملك نصيب صاحبه من المدبر فلا، وإذا كان الطريق هذا كان العتق في نصيب المدبر من جهته لا من جهة المعتق، فيكون الولاء للمدبر لهذا.

نوع آخر من هذا الفصل:

٦٢٧٠ - عبد بين رجلين دبره أحدهما، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يصير الكل مدبراً؛ لأن التدبير عندهما لا يتجزأ. وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقتصر التدبير على نصيب المدبر؛ لأن التدبير عنده متجزئ، وللشريك الساكت في نصيبه خيارات خمسة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن كان المدبر موسراً إن شاء دبر نصيبه، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعاه[1]، وإن شاء تركه كذلك، وإن شاء ضمن المدبر قيمة نصيبه وخيارات أربعة إن كان المدبر معسراً، وليس له حق تضمين المدبر في هذه الصورة، هكذا ذكر المسألة في عتاق الأصل، وذكر هذه المسألة في «الجامع الكبير»، ولم يذكر خيار العتق.

حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه كان يقول: في المسألة روايتان: على رواية «الجامع» ليس للشريك الساكت أن يعتق نصيبه، وكان يأخذ بهذه الرواية، ويقول: بأن الساكت بإعتاق نصيبه يضر بالمدبر بتفويت منفعة الخدمة من غير حاجة إليه، ولا يجوز للإنسان أن يضر بغيره من غير حاجة بخلاف ما لو أعتق الأول نصيبه، فللساكت أن يعتق؛ لأن له في إعتاق نصيبه

(١) في م: مستسعاة العبد.

النصف الذي ملكه من جهة صاحبه خيارات أربعة: إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاه، وإن شاء دبره، وإن شاء تركه على حاله؛ لأنه استفاد الملك به من جهة الساكت، فيكون الملك فيه مثل ما كان للساكت.

وقد ذكرنا أن الساكت إذا أعتق نصيبه، فللمدبر أن يضمنه قيمة نصيبه مدبرا.

ولا بد من معرفة قيمة المدبر، وقد تكلم المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: ينظر بكم يستخدم هذا مدة عمره؛ لأن الباقي بعد التدبير ملك الخدمة لا غير. وبعضهم قالوا: يقوم فائت المنفعة التي تفوت بالتدبير قالوا: وإلى هذا أشار محمد رحمه الله تعالى في بعض الكتب. وبعضهم قالوا: يعتبر نصف قيمته لو كان قنا؛ لأن الانتفاع بالمملوك نوعان: انتفاع بعينه، وانتفاع ببدله، وهو الثمن، والانتفاع بالعين قائم، وبالبدل وهو الثمن لا، فكان الباقي نصف قيمة القن، وإلى هذا مال الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى. وبعضهم قالوا: يعتبر ثلثا قيمته لو كان قنا؛ لأن في المملوك ثلاث منافع: الاستخدام والاسترباح بواسطة البيع، وقضاء الدين به بعد موت المولى، وبالتدبير يفوت الاسترباح، أما لا يفوت الاستخدام، ولا قضاء الدين به بعد موت المولى؛ فإن المدبر يسعى بعد موت السيد.

٦٢٧٤- وإذا كانت الأمة بين رجلين قالا لها جميعا: أنت حرة بعد موتنا، فإن هذه لا تكون مدبرة؛ لأن كل واحد منهما إنما علق عتق نصيبه بموته وموت صاحبه، ويعتبر في حق كل واحد منهما كأنه لو كان الكل له، وقد علق [عتقه][1] بموته وموت الأجنبي، وهناك لا يصير مدبرا الحال، كذا هنا. فإن مات أحدهما بعد هذه المقالة فإن نصيب الآخر بقي معلقا بموته، فإذا صار نصيبه مدبرا كان لورثة الميت من الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما كان له لو كان حيا؛ لأن نصيب الحي إنما صار مدبرا بعد ما صار ملك الميت ميراثا لورثته؛ لأن شرط عتقه لا يتم بموته.

٦٢٧٥- مدبرة بين رجلين مات أحدهما عتق نصيبه منها، وسعت للآخر في قيمة نصيبه، ولا ضمان به في تركة الميت؛ لأن الميت لو ضمن لصاحبه إما أن يضمن بالموت، ولا وجه إليه؛ لأن الموت ليس من صنعه، وإما أن يضمن بالتدبير، ولا وجه إليه أيضا؛ لأن صاحبه قد رضي به بالمساعدة على التدبير، ولكن الجارية تسعى للحي في نصيبه؛ لأن نصيبه بقي مالا متقوما بعد التدبير، وقد احتبس عند المدبرة بعتق نصيب الميت، فهو جائز.

(١) هكذا في النسخ الباقية إلى عندنا، وكان في الأصل: عتق الكل بموته

نوع آخر من هذا الفصل

٦٢٧٦- وإذا دبر الرجل ما في بطن جاريته، فهو جائز؛ لأنه لو أعتقه يجوز، فكذا إذا دبره. فإن ولدت بعد ذلك ولدا لأقل من ستة أشهر، فهو مدبر، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يكون مدبرا، لأنا لم نتيقن بوجوده حين دبره، وإذا وقع الشك لا يثبت التدبير، ألا ترى أنه لو أعتقه ثم ولدت بعد ذلك لأقل من ستة أشهر كان حرا، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر لا يكون حرا، فكذا فصل التدبير.

٦٢٧٧- وإذا دبر الرجل ما في بطن أمته، فليس له أن يبيع الأمة بعد ذلك، وله أن يرهنها، وأن يهبها، وأن يمهرها، ذكر مسألة الهبة في بعض الروايات من كتاب [العتاق] وسوى بينها وبين البيع، ولم يذكر مسألة الهبة في بعض روايات كتاب الإعتاق[1]، وإنما ذكر البيع، والإمهار، والرهن، وذكر في كتاب الهبة: إن أعتق ما في بطن جاريته، ثم باع الجارية لا يجوز، ولو وهبها يجوز.

٦٢٧٨- فرق في الإعتاق بين الهبة والبيع، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: في المسألة روايتان، والأصح هو الفرق بين الإعتاق والتدبير، فنقول: بعدما دبر ما في بطن الجارية، كما لا يجوز البيع لا يجوز الهبة، وبعدما أعتق ما في بطن الجارية يجوز الهبة، ولا يجوز البيع. والفرق ظاهر: أن بالتدبير لا يزول الولد عن ملك المولى قبل موت المولى، وأنه متصل بالأم، والموهوب إذا كان متصلا بما ليس بموهوب من ملك الواهب اتصالا لا يمكن الفصل يمنع جواز الهبة؛ لأنه يكون بمعنى هبة المشاع. أما بالإعتاق يزول الولد عن ملك المولى، والموهوب غير متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب، فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب، وسلمها إلى الموهوب له، وهناك تتم الهبة في الدار، كذا هنا.

فإن قيل: في فصل الإعتاق إن كان لا يفسد الهبة في الجارية من الوجه الذي قلتم ما لا يفسده من حيث إن الولد مستثنى شرعا؟ قلنا: استثناء الولد شرعا لا يمنع جواز الهبة، ألا ترى أنه لو استثناه شرطا كانت الهبة جائزة في الأمة.

٦٢٧٩- ولو دبر ما في بطن أمته، ثم كاتب الأمة يجوز؛ لأن الكتابة تعقبه العتق[2].

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

(٢) وفي ف: لأن الكتابة تعقد العتق.

وثبوت حق العتق للولد لا يمنع حق العتق في الأم ، فإن وضعت بعد هذا القول ولدا لأقل من ستة أشهر ، فهو مدبر مقصود بالتدبير من جهة المولى ، ومكاتب تبعًا للأم ، فإن أدت الأم بدل الكتابة إلى المولى عتقا بالكتابة ، وإن لم تؤدي حتى مات المولى عتق الولد بالتدبير ، وتبقى الأم مكاتبة على حالها ، وإن لم يمت المولى لكن ماتت الأم سعى الولد فيما على الأم على نجوم الأم [1] ، فإن مات المولى بعد ذلك ، فإن كان الولد يخرج من ثلث ماله يعتق بحكم التدبير ، وبيرأ عن بدل الكتابة ؛ لأنه مكاتب استفاد عتقًا من جهة المولى . وإن كان لا يخرج من ثلث ماله يعتق منه بقدر ما يخرج من ثلث ماله بغير سعاية بجهة التدبير ، ويلزمه السعاية في الباقي من رقبته بجهة التدبير . بعد هذا يخير إن شاء مضى في الكتابة ، وإن شاء مضى السعاية بجهة التدبير ، وإن كان بدل الكتابة أكثر ، إلا أنه منجم ، والسعاية بسبب التدبير حالة ، فقد تصدى له جهتان للحرية ، فيختار ما هو أنفع في حقه ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

٦٢٨٠ - وإذا كانت الأمة بين اثنين ، دبر أحدهما ما في بطنها ، فهو جائز ، فإن ولدت بعد هذا لأقل من ستة أشهر صار نصيبه مدبرًا [2] عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، ويكون للساكت في نصيبه خيارات خمسة : إن كان المدبر موسرًا ، وإن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر لا يصير نصيبه مدبرًا ، والنصف في هذه المسألة نظير الكل فيما إذا كانت الجارية كلها له .

٦٢٨١ - وإذا كانت الأمة بين اثنين ، قال أحدهما لها : ما في بطنك حر بعد موتي ، وقال الآخر للأمة : أنت حرة بعد موتي ، فولدت بعد هذه المقالة لأقل من ستة أشهر ، فالولد كله يصير مدبرًا بينهما ؛ لأنهما اجتمعا على تدبيره ، الأول دبر نصيبه منه بتدبير مقصود ، والثاني دبر نصيبه منه تبعًا لتدبير الأم ، ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه في الولد ؛ لأن كل واحد منهما فعل في الولد مثل ما فعل صاحبه .

٦٢٨٢ - فأما في الأم فللذي لم يدبر الأم في نصيبه خيارات خمسة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : إن كان المدبر موسرًا ، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت هذه المقالة ، فالولد مدبر للذي دبر الأم ؛ لأن الكلام الأول قد لغا ؛ لأنا لم نتيقن بوجود الولد وقت تدبيره ، وكانت العبرة للكلام الثاني ، وصار مسألتنا : كان أحدهما دبر الجارية ، وهناك إذا جاءت بالولد كان الولد مدبرًا ، فبعد ذلك ، التدبير عندهما لا يتجزئ ، فصار كل الجارية مدبرًا

---

(١) هكذا في جميع النسخ ، لعله نجوم الإعتاق .

(٢) وفي " م " : صار نصيبه مدبرًا أحدهما عند أبي حنيفة رحمه الله .

للذي دبرها، صار جميع الولد مدبراً له أيضاً تبعاً للأم. وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى التدبير يتجزى، فيصير نصف الجارية مدبراً للذي دبرها، ويصير نصف الولد مدبراً له، تبعاً للجارية.

٦٢٨٣- وإن اختار الساكت بعد ذلك التضمين يضمن المدبر قيمة نصيبه من الجارية، ولا ضمان له على المدبر بسبب الولد؛ لأن المدبر يملك نصيب الساكت من الجارية من وقت التدبير، ولهذا يعتبر فيضمنه يوم التدبير، ويوم التدبير الولد كان جزءاً من أجزاء الجارية، فيتملك المدبر نصيب صاحبه من الولد بضمان الجارية كما لك المشتري. وإن اختار الساكت استسعاء الجارية في نصف قيمتها(١) ليس له أن يستسعي الولد بعد ذلك. وإن صار نصف الولد مدبراً إلا أنه صار مدبراً تبعاً، وإذا كان تبعاً في التدبير يكون تبعاً في السعاية أيضاً.

نوع آخر من هذا الفصل:

٦٢٨٤- شهد شاهد على رجل أنه دبر هذا العبد، وشهد آخر عليه أنه أعتق هذا العبد لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتقه بعد موته [خاصة، وشهد الآخر أنه أعتقه بعد موته](٢) وموت فلان لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين؛ لأن أحدهما شهد بعتق معلق بشرطين، والآخر شهد بعتق معلق بشرط واحد.

٦٢٨٥- وكذلك لو شهد أحدهما أنه دبر أحد عبديه، وشهد الآخر أنه دبر هذا العبد بعينه لا تقبل. ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه، إن كانت الشهادة في حال حياة المولى لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: تقبل. وإن شهدا بذلك بعد موت المولى، ينظر إن لم يوجد المرافعة إلى القاضي(٣) في حال حياة المولى [قبلت الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحساناً، والقياس أن لا تقبل، وإن وجد المرافعة إلى القاضي في حال حياة المولى](٤) وأبطل القاضي شهادة الشهود، ثم شهدا بذلك بعد موت المولى لا يقبل

---

(١) وفي "ظ": في نصيب أبيها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م".

(٣) وفي "م": المرافعة عند القاضي.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م".

الفصل العاشر في أمهات الأولاد

يجب أن يعلم بأن جواز بيع أم الولد كان مختلفاً في الصدر الأول، عمر، وعلي رضي الله تعالى عنهما كانا لا يجوزان بيعها، ثم رجع علي رضي الله تعالى عنه عن قوله وقال: يجوز بيعها، ثم أجمع المتأخرون رحمهم الله تعالى على أنه لا يجوز بيعها، وترك قول علي رضي الله تعالى عنه آخراً.

وقد صح عن رسول الله ﷺ «أنه قضى بعتق أمهات الأولاد، وأن لا يبعن»[١]، والمعنى في ذلك: أنه ثبت لها بالاستيلاد حق أن تعتق بموت المولى، قال عليه الصلاة والسلام: «أيما أمة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر»[٢]. فقد أثبت لها رسول الله ﷺ بالاستيلاد حق أن تعتق بموت سيدها، وفي البيع إبطال هذا الحق عليها.

أو نقول: بالاستيلاد يثبت لها حق العتق في الحال، قال عليه الصلاة والسلام لمارية القبطية حين ولدت إبراهيم: «أعتقها ولدها»[٣]، وهذا يوجب حقيقة العتق للحال، فإن لم يثبت حقيقة العتق في الحال لا أقل من أن يثبت لها حق العتق، وفي البيع إبطال هذا الحق عليها.

٦٢٨٩ - ولو قضى قاض بجواز بيعها لا ينفذ قضاؤه بل يتوقف على قضاء قاض آخر إمضاء وإبطالاً، وهذا لأن العلماء رحمهم الله تعالى اختلفوا في جواز بيع أمهات الأولاد هل هو على الخلاف؟ بعضهم قال: ليس بمختلف فيه، وهذا لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم وإن اختلفوا فيه ولكن أجمع من بعدهم على أنه لا يجوز بيعهن، والإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم، فلم تبق المسألة مختلفاً فيها. وبعضهم قالوا: لا، بل هي مختلف فيها، وهذا القائل يقول: الإجماع المتأخر لا يرفع الخلاف المتقدم، فبقيت المسألة مختلفاً فيها. والعلماء رحمهم الله تعالى إذا اختلفوا في حادثة أنها على خلاف أو على الوفاق يتوقف فيها القضاء

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٠: ٣٤٤) عن سعيد بن المسيب في كتاب عتق أمهات الأولاد.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الأحكام برقم: ٢٥١٦، والدارمي في كتاب البيوع برقم: ٢٤٦٩، وأخرجه الدارقطني في سننه (٤: ١٣٢) عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الأحكام عن ابن عباس رضي الله عنه برقم: ٢٥١٧.

على قضاء قاضٍ آخر إمضاءً وإبطالاً .

ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى في هذا الخلاف أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم ؟ فمنهم من قال بعضهم من علمائنا على قول محمد رحمه الله تعالى : يرفع الخلاف المتقدم ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : لا يرفع الخلاف ، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلواني . وبعضهم قالوا : لا خلاف بين أصحابنا أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم ، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي ، وإنما ينفذ قضاء القاضي ببيع أمهات الأولاد بإمضاء قاضٍ آخر على قول هذا القائل ، لا لأن المسألة مختلفة على قول علمائنا رحمهم الله تعالى ، بل لأن بعض العلماء يخالف علماءنا في انعقاد الإجماع من المتأخرين أمع الاختلاف [١] في الصدر الأول ، فنفذ الإمضاء لشبهة الخلاف غيرهم إياهم في انعقاد هذا الإجماع ، لا لمكان الاختلاف فيما بين علمائنا .

٦٢٩٠ - وأم الولد التي لا يجوز بيعها الجارية التي استولدها الرجل بملك اليمين ، أو بملك النكاح ، أو بشبهة ، ثم يشتريها بعد ذلك ، أو يملكها بسبب آخر ، وهذا مذهبنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : إذا استولدها بحكم النكاح ، ثم اشتراها لا تصير أم ولد له ، وأما إذا استولدها بالزنا ، ثم ملكها ، فالقياس أن تصير أم ولد له ، وهو قول زفر ، وفي الاستحسان لا تصير أم ولد له ، وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى

٦٢٩١ - وكذلك لو قال : تزوجت بهذه الجارية ، وولدت مني ، ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، وأنكر ذلك المولى الذي هي له ، فإذا ملكها الذي أقر بهذا ، فإنها تصير أم ولد له عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى

٦٢٩٢ - وإذا أسقطت أمة الرجل سقطاً استبان خلقه ، أو بعض خلقه صارت أم ولد له ، وإن لم يستبن من خلقه شيء لا تصير أم ولد له ، وهذا مذهبنا ، وقال إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى : تصير أم ولد له في الفصلين جميعاً .

٦٢٩٣ - وفي المنتقى : قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إذا أقر الرجل أن جاريته هذه قد أسقطت منه ، فهذا إقرار بأنها أم ولد ، قال : إنما يقع اسم السقط على ما يستبين خلقه ، أما إذا لم يستبن خلقه ، فلا يسمى سقطاً ، لأنه لا يدري ما هو

٦٢٩٤ - وإن كانت جارية الرجل حاملاً ، فأقر أن حملها منه ، فإنها تكون أم ولد له .

(١) هكذا في ظ و م ، وفي الأصل : يرفع الإجماع في الصدر الأول ، وفي ف : يرفع الاختلاف في الصدر الأول

وكذلك إذا قال الرجل : إن كانت أمتي حبلى فهي مني ، ثم ولدت ولداً ، أو أسقطت سقطاً استبان خلقه ، أو بعض خلقه ، وأقر به فإنها تصير أم ولد له إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر . وإن أنكر المولى الولادة ، وشهدت عليه امرأة جاز ذلك ، ويثبت النسب ، وتصير الجارية أم ولد له لا بشهادة القابلة بل بإقرار المولى .

٦٢٩٥- وفي « المنتقى » : بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لأمته : قد حبلت مني حبلاً ، أو قد حبلت مني بحبل ، قال : تصير أم ولد له ، ولا يصدق بعد ذلك أنه كان ريحاً ، وكذلك لو صدقته الأمة أنه كان ريحاً لم تبطل مقالته الأولى ، وهي بمنزلة أم الولد ، وهذا بمنزلة رجل أعتق أمته ، ثم قال : لم أعتقها ، وصدقته الأمة لم يبطل عتقها .

٦٢٩٦- وفيه أيضاً : رجل أقر أن ما في بطن جاريته منه أو قال : الذي في بطنها مني ، ولم ينسب ذلك إلى حبل ، ولا إلى ولد ، ثم قال بعد ذلك : إنها كانت ريحاً ، وصدقته الجارية فهي أمة تباع ، وإن كذبته في مقالته الأخرى ، وادعت أن ذلك كان حملاً ، وأنها قد أسقطت سقطاً مستبين الخلق فالقول قولها ، وهي أم ولد له ، قال : لأن هذه المقالة على وجهين ، وأصحهما أنه على الحبل إذا ادعته ، ألا ترى أنها لو جاءت بولد بعد مقالته بشهر ، وامرأة تشهد على ولادته يثبت نسبه ، ولم يكن له أن يبيعه ، ولو لم تكن له المقالة الأولى إقراراً بالحبل كان له أن يبيعه .

٦٢٩٧- رجل أقر أن أمته حبلى ، ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين ، وشهدت امرأة على الولادة ، وقالت الأمة : هذا الولد من ذلك الحبل ، وجحد المولى أن يكون هذا من ذلك الحبل ، قال : فالأمة لا تصير أم ولد ، ولا يثبت نسب الولد منه ، وهي بمنزلة أمته ، وإن أقر المولى بعد ذلك أنه ذلك الحمل ، وأنه منه[1] ، وقد جاءت به بعد ذلك بعشر سنين فهو ابنه وقوله : من ذلك الحبل باطل .

٦٢٩٨- ولو شهد عليه شاهدان في أمته ، فشهد أحدهما أنه قال : قد ولدت مني ، وشهد الآخر أنه قال : هي حبلى مني ، فهي أم ولد له ، فقد أجمعا عليه ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر أنها ولدت غلاماً ، وشهد الآخر أنه أقر أنها ولدت جارية .

٦٢٩٩- وعتق أم الولد يعتبر من جميع المال بخلاف عتق المدبر ، حيث يعتبر من الثلث ، في كل ذلك اتبعنا الأثر ، والمعنى في ذلك أن التدبير إضافة العتق إلى ما بعد الموت ، نحن وإن

---

(١) وفي « م » : وأنه منه .

الاستيلاد ما في التدبير من الزوج الثاني تصير الجارية أم ولد له حتى لا يجوز بيعها ، وفي بيع ولدها خلاف ، على قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى يبيعه ، وعلى قول زفر لا يبيعه ، ولو ملك ولدها منه يعتق بلا خلاف .

والوجه لعلمائنا الثلاثة في ذلك أن الملك شرط ثبوت حق الحرية لها ، والسبب لا يفيد الحكم قبل وجود الشرط ، فلم يثبت لها حق الحرية قبل أن يملكها ، وكل واحد ينفصل قبل ثبوت حق الحرية للأم لا يثبت له حق الحرية ؛ لأن ثبوته في الولد بحكم السراية عن الأم ، فلا يتصور ثبوته في الولد قبل ثبوته في الأم ، بخلاف ما لو ملكها ، فولدت ولدًا ؛ لأن هناك الحق ثابت في الأم حال ولادتها من غيره ، فيسري إلى الولد ، أما ههنا بخلافه .

نوع آخر منه :

٤٠٦٣٤ - أمة بين رجلين ، جاءت بولد ، فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه ، وصارت الجارية كلها أم ولد له بلا خلاف ، أما على قولهما : فإن الاستيلاد لا يتجزى ، فإذا ثبت حكمه في نصيب المستولد ثبت في نصيب الآخر ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : الاستيلاد يتجزى ؛ لأن حكمه ثبوت حق العتق للحال ، وثبوت حقيقة العتق بعد الموت ، وكان كالتدبير ، والتدبير عنده يتجزأ ، وكذا الاستيلاد ، فتصير نصيب المستولد أولاً أم ولد له ، ثم يملك نصيب صاحبه بالضمان بعد الاستيلاد ، فيصير نصيب صاحبه أم ولد له بعد ما يملك عليه نصيبه لا بنفس الاستيلاد ، على ما مر قبل هذا أن من ملك جارية وله منها ولد ثابت النسب صارت الجارية أم ولد له [فيصير نصيب الساكت أم ولد له][1] بهذا الطريق ، حتى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في المدبرة بين اثنين استولدها أحدهما . يبقى نصيب الساكت مدبرًا كما كان ، ونصيب المستولد يصير أم ولد ، حتى إذا مات المستولد يعتق نصيبه من جميع المال ، وإذا مات الساكت يعتق نصيبه من الثلث ؛ لأن بعد ما صح الاستيلاد لم يملك[2] نصيب شريكه بالضمان ، فبقي حكم الاستيلاد مقصورًا على نصيبه ، إلا أنه فرق ما بين الاستيلاد والتدبير والإعتاق ، أن أحد الشريكين إذا أعتق الجارية أو دبر لا يتملك نصيب الساكت إلا برضاه ، فإذا

---

(١) أثبت من جميع النسخ الموفرة لنا .

(٢) وفي م : لم يكن له مكان لم يملك .

الساكت إذا لم يرض بتضمين الآمر، ولكن أراد أن يترك نصيبه من[1] التدبير كذلك، أو يعتق فله ذلك.

٦٣٠٥ - وإذا استولد أحد الشريكين الجارية بين رجلين يملك نصيب الساكت بعدما صح الاستيلاد في نصيب المستولد، رضي الساكت بذلك، أو سخط.

٦٣٠٦ - وإذا كانت الجارية بين رجلين جاءت بولد، فادعياه معًا يثبت النسب منهما، وصارت الجارية أم ولد لهما، تخدم كل واحد منهما يومًا، كما كانت تفعل قبل هذا، وإذا مات أحدهما عتقت، ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق، ولا سعاية عليها في نصيب الشريك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: يسعى في نصيب الشريك.

٦٣٠٧ - ولو أعتقها أحدهما في حياته عتقت، ولا ضمان على المعتق[2] في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: يضمن نصف قيمتها أم ولد للشريك إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا يسعى في نصف قيمتها أم ولد للشريك. وهذه المسألة في الحاصل بناء على أن أم الولد مال متقوم عندهما خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: أم الولد لا تضمن بالغصب، وقالا: تضمن؛ لأن ضمان الغصب يختص بمال متقوم، بخلاف ضمان القتل، فإنه لا يختص بمال متقوم، ألا يرى أن الحر يضمن بالقتل.

٦٣٠٨ - وعن محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات»[3]: أن أم الولد تضمن بالغصب على نحو ما يضمن به الصبي الحر حتى لو ماتت حتف أنفها لم يضمن الغاصب شيئًا، ولو نقلها إلى سبع فافترسها سبع، فإنه هنا يضمن؛ لأن هذا ضمان جناية لا ضمان الغصب، ألا ترى أن الصبي الحر يضمن بقتله، ولا خلاف لأحد أن المدبر ليس بمال حتى يضمن بالغصب والإعتاق بلا خلاف. هما يقولان: بأن التقوم صفة المالك، والملك باق بعد الاستيلاد، فيبقى صفته وهو التقوم.

٦٣٠٩ - ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المالية والتقوم يثبت بالإحراز، ألا ترى أن الصيد، وسائر الأشياء المباحة لا يكون مالًا متقومًا قبل الإحراز، وبعد الإحراز يصير مالًا متقومًا، والآدمي باعتبار الأصل ليس بمال متقوم، ولكن يعطى له حكم المال المتقوم إذا صار

(١) وفي ... من مكان من.

(٢) وفي ... ولا ضمان على المعتق للشريك، ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة ... إلخ.

(٣) وفي ... في الزيادات.

محرزاً لقصد الصون، ولأجل المالية، فإذا حصنها واستولدها، فقد ظهر أن إحرازه لها لملك المتعة لا لأجل المالية، وملك المتعة ينفك عن ملك المالية. ألا ترى أن للزوج على المنكوحة ملك المتعة دون ملك المالية، فصار في حق صفة المالية والتقوم كأنه لا إحراز، بخلاف فصل المدبر؛ لأن إحرازه للمالية، ولم يظهر منه ما يدل على إحرازها لأجل المتعة، أو لمعنى آخر. ولأن الثابت للمولى على أم ولده ملك الخدمة والمتعة، وكل ذلك لا يتقوم بالغصب والإتلاف، والباقي له على مدبره ملك المالية، فإنه يقضي دينه من ماليتها بعد موت المولى، فإنها تسعى، والمال يتقوم بالإتلاف.

ثم في هذا المقام يحتاج إلى معرفة قيمة أم الولد، وقد اختلفوا فيه؛ فبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: تجب قيمتها قنة، وبعضهم قالوا: ثلث قيمتها قنة؛ لأنه فات في حقها من المنافع الثلث منفعتان: منفعة الاسترباح، ومنفعة قضاء الدين بعد الموت، فإنها لا تسعى، وبقيت منفعة واحدة وهي منفعة الاستفراش. وقال بعضهم: ينظر بكم تستخدم هي مدة عمرها على نحو ما ذكرنا في المدبرة.

٦٣٦٠ - وإذا كانت الأمة بين رجلين، فقال أحدهما: إن كان ما في بطنها غلاماً فهو مني، وإن كان جارية فليس مني، وقال الآخر: إن كان ما في بطنها جارية فهو مني، وإن كان غلاماً فليس مني، فهذا على وجهين: الأول: أن يخرج الكلامان منهما معاً، وفي هذا الوجه ما ولدت من ولد في ذلك البطن، فهو منهما جميعاً، سواء ولدت جارية أو غلاماً؛ لأن [أيهما ادعى](1) الحبل، وليس لهما تعيين صفة هذا الحبل، وهذا لأن الدعوة إخبار عن نسب كائن، وليس بإثبات نسب مبتدأ؛ لأنه إخبار أن العلوق حصل من مائه، وإنما يصح بما لهما من العلم، ولهما علم بأصل الحمل بقرائن تدل عليه، أما لا علم لهما بصفة الحمل، فيصح منهما الإخبار عن أصل الحمل، ولا يصح منهما تعيين صفته، [فكأنهما](2) قالا: ما في بطن هذه الجارية مني، ولو قالا هكذا، وخرج الكلامان معاً ثبت نسب الولد منهما، وصارت الجارية أم ولد لهما، كذا ههنا، بخلاف قوله: إن كان ما في بطنك غلاماً، فهو حر، فولدت جارية حيث لا تعتق؛ لأن قوله: فهو حر إيقاع عتق مبتدأ، فإنما يقع على حسب ما أوقعه، وإنما أوقعه على الغلام دون الجارية.

---

(1) هكذا في م، وكان في الأصل: لأن إليه ادعاء الحبل.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م وب.

الفصل الحادي عشر في المتفرقات

٦٣١٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا قال الرجل لأمته: أمرك بيدك ينوي به العتق يصير العتق في يدها، حتى لو أعتقت نفسها في المجلس عتقت. ولو قال لها: اختاري ينوي العتق لا يصير العتق في يدها. فقد فرق بين الأمر باليد وبين قوله: اختاري في باب العتق، وسوى بينهما في الطلاق.

٦٣١٥ - وفي "الأصل" أيضًا: إذا ادعى العبد أو الأمة العتق على مولاه، وليس لهما بينة حاضرة، فإنه يدفع إلى مولاه، ولا يحال بينه وبين المولى، حتى لا يزال يد المولى عنه بمجرد الدعوى. وإن أقام شاهدًا واحدًا، فإنه ينظر إن كان الشاهد فاسقًا لا يحال بينهما، العبد والأمة في ذلك على السواء، وإن كان عدلًا، فكذلك لا يحال بينهما، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب.

٦٣١٦ - قالوا: وهذا الجواب مستقيم في العبد، وغير مستقيم في الأمة، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى: أن المرأة إذا ادعت طلاقًا على زوجها، وأقامت على ذلك شاهدًا واحدًا عدلًا يحال بينها وبين زوجها؛ لأن المغلب في الطلاق حق الله تعالى، وهذا المعنى موجود في الأمة، فتجب الحيلولة اعتبارًا لحق الله تعالى، ولا يجب في العبد؛ لأن فيه حق العبد كما في الطلاق. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: وهذا إذا ادعت أن شاهدها الآخر حاضر بخلاف العبد؛ لأن المغلب في عتق العبد حق العباد، فلا يجب الحيلولة كما لا يجب القضاء.

٦٣١٧ - وإن أقام شاهدين، فإن كانا مستورين، فهو على وجهين: إن كان المولى فاسقًا مخوفًا عليه يحال بينهما في العبد والأمة جميعًا، وإن كان غير فاسق، ففي الأمة يحال، وفي العبد لا يحال. وإن كان الشاهدان فاسقين، ففي الأمة يحال على كل حال. وأما في العبد اختلاف الروايات، في رواية: أنه لا يحال، وذكر في رواية أخرى: أنه يحال إذا كان المولى مخوفًا على العبد.

٦٣١٨ - وفي "النوازل": إذا قال لعبده: أنت حر ألبتة، ومات قبل قوله: ألبتة مات عبدًا؛ لأنه صفة.

٦٣١٩ - وفي "الأصل": إذا قال: إن اشتريت عبدًا، أو قال: إن ملكت عبدًا، أو قال

كل مملوك أملكه فهو حر ، فاشترى نصف عبد مع آخر فإنه لا يعتق ، وإن اشترى نصيب صاحبه بعد ذلك عتق عليه ، فإن اشترى نصف عبد وباعه ، ثم اشترى النصف الآخر ، هل يعتق النصف الآخر ؟ ففيما إذا عقد يمينه بلفظ الملك بأن قال : إن ملكت ، إن عين العبد ، بأن قال : إن ملكت هذا العبد يعتق النصف الآخر ، وإن لم يعين بأن قال : إن ملكت عبداً ، إن ملكت مملوكاً القياس أن يعتق النصف الآخر ، وفي الاستحسان ، لا يعتق . وفيما إذا عقد يمينه بلفظ الشراء يعتق النصف الآخر ، سواء عين المملوك ، بأن قال : إن اشتريت هذا العبد ، إن اشتريت هذا المملوك ، أو لم يعين ، بأن قال : إن اشتريت عبداً ، إن اشتريت مملوكاً .

وجه القياس في فصل الملك : أن الحالف جعل شرط الحنث مطلق ملك العبد لا ملك مقيد بصفة الاجتماع ، وقد ملك العبد ، وإن ملكه متفرقاً ، لكن تعذر إنزال العتق في النصف الذي زال ملكه ، فيجب إنزاله في النصف الذي هو على ملكه .

وجه الاستحسان : وهو الفرق بين الشراء وبين الملك ، وبين العتق وغير العتق في الملك ، ووجه الفرق أن قيد الاجتماع في فصل الملك إذا لم يكن المملوك معيناً ثابت بالعرف ، فإن الرجل يستحيي من نفسه أن يقول : ما ملكت مملوكاً ، ما ملكت عبداً إذا لم يجتمع في ملكه مملوك ، وإن ملك مملوكاً على التفاريق . وكذلك يستحيي من نفسه أن يقول : ما ملكت[1] ألف درهم إذا لم يجتمع في ملكه ألف درهم ، وإن ملك ألوفاً على التفاريق . ومثل هذا العرف لم يوجد في المعين ، بل العرف في المعين بخلافه ، فإن الإنسان لا يستحيي من نفسه أن يقول : ما ملكت هذا العبد إذا ملكه على التفاريق .

٦٣٢٠- وكذلك في فصل الشراء العرف بخلافه ، فإن الإنسان لا يستحيي من نفسه أن يقول : ما اشتريت عبداً ، ما اشتريت هذا العبد ، إذا كان اشترى على سبيل التفاريق ، وإذا انعدم العرف المقيد لقيد الاجتماع في فصل الملك عند التعيين ، وفي فصل الشراء على الإطلاق عمل فيها بقضية القياس .

٦٣٢١- وفي « الأصل » أيضاً : إذا قال : إن اشتريت فلاناً ، فهو حر ، فاشتراه فاسداً لم يعتق إن كان العبد في يد البائع وقت الشراء . وهذا لأن الشراء الفاسد ينعقد عندنا قبل القبض ، إلا أنه لا يفيد الملك قبل القبض . فينحل اليمين بنفس الشراء ، وفي تلك الحالة لا يعتق ، فلهذا لا يعتق . ولو كان في يد المشتري وقت الشراء ، فإن كان مضموناً عليه بضمان القيمة كالمغصوب ونحوه يعتق ، ويصير قابضاً له بنفس الشراء ؛ لأن مثل هذا القبض ينوب عن

(١) أثبت من جميع النسخ الموجودة عندنا.

قبض الشراء، فيصير مملوكًا له بنفس الشراء، فيعتق.

٦٣٢٢ - فأما إذا لم يكن مضمونًا عليه أصلاً كالوديعة والعارية، أو كان مضمونًا عليه، إلا أنه لم يكن مضمونًا عليه بالقيمة كالرهن لا يعتق؛ لأن مثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء، فيحصل اليمين بالشراء، ولا ملك في تلك الحالة، فلا يعتق. وعن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لعبده: شئت عتقك، أو رضيت جاز. قال ابن رستم: يعني يعتق[1]. وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قوله: شئت عتقك شرط النية فيه لوقوع العتق.

٦٣٢٣ - وفي «البقالي»: إذا قال لعبده: أنت حر أمس، وإنما ملكه اليوم، فهو حر قضاءً وديانةً، إلا أن ينوي عتقًا من جهته، فيدين ديانة. وكذلك قبل: إن اشتريتك بخلاف قوله: أعتقتك قبل أن اشتريتك. وفي طلاق «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في عين هذه المسألة: أنه يعتق. قال: ولا يشبه هذا الطلاق. قال: وصار تقدير المسألة في العتاق كأنه قال: أنت حر الأصل.

٦٣٢٤ - وإذا قال: كل مملوك لي حر، وله عبيد، وأمهات أولاد، ومدبرون، ومكاتبون، عتقوا جميعًا من غير نية، إلا المكاتبين، فإنهم لا يعتقون إلا بالنية؛ وإنما لا يعتق المكاتبون من غير نية، إما لأن في ملكهم قصورًا، فإنهم أحرار يدًا، أو لأن في نسبتهم إلى المولى قصور.

٦٣٢٥ - ولو قال: كل مملوك لي حر ونوى الرجال دون النساء، أو نوى النساء دون الرجال صدق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه أراد الخصوص من العموم، ومن نوى الخصوص من العموم لا يصدق قضاءً؛ لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين ربه؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه فالعام يحتمل الخصوص. ولو قال: مماليكي كلهم أحرار، ونوى الرجال دون النساء، أو نوى النساء دون الرجال لم يذكر هذا الفصل في «الكتاب». قالوا: وينبغي أن لا يصدق ديانة ههنا، وإن نوى الخصوص من العموم.

٦٣٢٦ - والأصل في هذا: أن كلمة «كل» إذا ذكرت بعد الاسم العام منعت الخصوص، كما في قوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾[2]، وإذا ذكرت قبل

(١) وفي «ب» و«ف»: قال ابن رستم: إن نوى يعتق.

(٢) سورة الحجر الآية ٣٠.

الاسم العام لا يمنع الخصوص كما في قوله تعالى: ﴿تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾(١)، فإنه كان قابلاً للتخصيص؛ لأنه لم يدمر كثيراً من الأشياء، فإنه لم يدمر السماوات والأرض. والمعنى في ذلك أن بعد الاسم العام كلمة «كل» لا تذكر للتعميم، فإن العموم ثابت للاسم، وإنما تذكر للتأكيد، فيمنع الخصوص، وأما قبل الاسم العام لا تذكر للتأكيد؛ لأن التأكيد صفة الاسم، فلا يتصور قبل ذكر الموصوف، فيكون اسماً عاماً كغيره من الأسماء، فيكون قابلاً للتخصيص.

إذا ثبت هذا، فنقول: في قوله: مماليكي أحرار كلهم، كلمة «كل» ذكرت بعد الاسم العام، فمنعت الخصوص، فيكون نوى الخصوص في لفظ لا يحتمل الخصوص، فلا يصدق ديانة كما لا يصدق قضاء، بخلاف قوله: كل مملوك لي حر؛ لأن هناك كلمة «كل» ذكرت قبل الاسم العام، فلا يمنع الخصوص، فقد نوى الخصوص في لفظ يحتمله، فيصدق ديانة لا قضاء.

ثم إن محمداً رحمه الله تعالى يقول في هذه المسألة في عتاق الأصل: إذا نوى الرجال دون النساء، أو نوى النساء دون الرجال صدق ديانة لا قضاء. وفي أيمان الأصل: قال: إذا نوى الرجال دون النساء، وأجاب بما أجاب في العتاق، ولم يذكر ما إذا نوى النساء دون الرجال. حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله تعالى: أنه كان يجعل في المسألة روايتين، وكان يقول: إذا نوى النساء دون الرجال لا يصدق ديانة على رواية الأيمان، وعلى رواية العتاق: يصدق. وإذا نوى الرجال دون النساء يصدق ديانة على الروايات كلها.

وجه ما ذكر في العتاق ظاهر أنه نوى الخصوص من العموم، فيصدق ديانة كما لو نوى الرجال دون النساء.

وجه ما ذكر في الأيمان: أن كلمة «كل» دخلت على المملوك، والمملوك اسم للذكر، يقال للأنثى: مملوكة، إلا أن الأنثى تدخل في هذا الاسم تبعاً، إلا أنا لو صححنا نية النساء، فقد جعلنا ما هو الثابت باللفظ تبعاً أصلاً، والتبع في الشيء لا يصير أصلاً في ذلك الشيء. وبه فارق ما إذا قال: نويت الرجال دون النساء.

والصحيح أن لا يجعل في المسألة روايتان، لكن أشبع محمد رحمه الله تعالى الجواب في العتاق، وأوجز في الأيمان، ووجه ذلك ما ذكرنا أنه نوى الخصوص من العموم. وما قال من المعنى فاسد؛ لأن المملوك مشتق من ملك يملك لا من الذكورة والأنوثة، ألا ترى أن

(١) سورة الأحقاف الآية: ٢٥.

هذا الاسم يقع على الدار، والخشب، والثوب، لوجود الملك، وإن كان لا يوجد الذكورة والأنوثة؟ قلنا: والملك لا يختلف بالذكورة والأنوثة، فكان كاسم الآدمي يقع على الذكر والأنثى؛ لأنه اسم مشتق من كونه ولد آدم، والذكر والأنثى في هذا على السواء. وعلى هذا لا يتأتى ما ذكر من الاستدلال.

٦٣٢٧- وإذا قال له: لم أعن المدبر من ذلك ذكر في عتاق الأصل: أنه لا يصدق قضاءً، ولم يتعرض للديانة. وذكر في أيمان الأصل أنه لا يصدق قضاءً وديانة. فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من لم يجعل في المسألة روايتين، وإليه مال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى. ومنهم من جعل في المسألة روايتين، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى. والأول أظهر.

ووجه ذلك: أنه نوى تخصيص ما ليس في لفظه؛ إلا أنه نوى تخصيص الوصف، فإن التدبير في المماليك صفة، ولهذا يقال: مملوك مدبر، ومملوك غير مدبر، وصفة المملوك غير ملفوظ بها[1]، وإنما ثبت اقتضاء ضرورة أن المسمى لا ينفك عن الصفة فيه، فيكون التخصيص بما يثبت اقتضاء، [والمقتضى غير ملفوظ، فهو معنى قولنا: إنه نوى تخصيص ما ليس في لفظه، ونية التخصيص فيما ليس بملفوظ غير صحيحة قضاء وديانة، فكان القياس أن لا تصح نية التخصيص عن الأنوثة والذكورة من هذا اللفظ؛ لأن الذكورة والأنوثة من صفة المماليك لا ذكر لها لفظاً، وإنما تثبت اقتضاء][2]، إلا إنا تركنا القياس ثمة لضرورة أن العام قابل الخصوص وضعاً بالنية، ولا يمكن التخصيص إلا باعتبار الوصف، فإن الخصوص لا يمتاز عن الاسم العام إلا باعتبار الوصف، فلو لم يصح نية التخصيص في الوصف أصلاً ما أمكن تخصيص عام أبداً[3]، وهو وضع قابل للتخصيص، فيعود إلى موضوعه بالنقض، وإنه لا يجوز. وهذه الضرورة تندفع متى صححنا نية التخصيص باعتبار الأوصاف الأصلية التي لا يخلو المسمى عنها في أصل الخلقة، فبقي التخصيص باعتبار الأوصاف العارضة على أصل القياس.

إذا ثبت هذا، فنقول: الذكورة والأنوثة من الأوصاف الأصلية، وأما التدبير فمن

(١) وفي ط: فيه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط وم وف.

(٣) وفي م: فما أمكن تخصيص العام أبداً، وهو وضع... إلخ.

عليه ، أو استخدمه ، أو وطئ الجارية ، ثم أقر بذلك العتق ، أو قامت عليه البينة ، فإنه يرد على العبد ما أخذ من الغلة ، ويضمن للجارية مهر مثلها ، ولا يضمن للعبد بسبب الخدمة شيئاً .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرحه" : وما ذكر من الجواب في الغلة فذلك مستقيم فيما إذا كان العبد هو الذي آجر نفسه ، أو اكتسب ؛ لأنه تبين أنه كان حراً مالكاً لكسبه . أما إذا كان المولى هو الذي آجره ، فما أخذ المولى من الأجر يكون مملوكاً له ؛ لأنه وجب بعقده فلا يلزمه الرد على العبد ، لكن لا يطيب للمولى ذلك ؛ لأنه حصل له بسبب خبيث[1] .

٦٣٣٤ - وإذا قال : أحد عبيدي حر ، أو قال : أحاد عبيدي حر ، وليس له إلا عبد واحد عتق ذلك العبد .

٦٣٣٥ - وإذا قال الصبي : كل مملوك أملكه إذا احتلمت ، فهو حر لا يصح هذا اليمين أصلاً . فرق بين هذا وبين العبد إذا قال : كل مملوك أملكه إذا أعتقت ، فهو حر ، فإنه يصح هذه اليمين إذا كان العبد بالغاً ، ولا فرق بينهما من حيث الظاهر ؛ لأن كل واحد منهما لا يملك الإعتاق للحال .

٦٣٣٦ - ثم لم يصح اليمين بالعتق من الصبي ، وصح من العبد . والفرق : أن الإعتاق من العبد إذا كان بالغاً إنما لم يصح لعدم ملكه لا لفساد عبارته ، فإذا أضافه إلى ما بعد العتق فقد أضافه إلى الملك ، أما الإعتاق من الصبي إنما لا يصح لفساد عبارته فيما يتضرر به لا لعدم الملك ، وفيما يرجع إلى فساد العبارة العتق المنجز والعتق المضاف على السواء .

٦٣٣٧ - وفي "عيون المسائل" : إذا قال الرجل لعبيده : أنتم أحرار إلا فلاناً ، وفلاناً ، وفلاناً سماهم جملة في الاستثناء عتقوا جملة ؛ لأن الاستثناء لم يصح ؛ لأنه استثناء الكل من الكل . وإن قال : عبيدي أحرار ، أو قال : كل عبد لي حر إلا فلاناً ، وفلاناً ، وفلاناً سمى جملة عبيده في الاستثناء هل يعتقون؟ لم يذكر هذا الفصل في "العيون" ، وعلى قياس ما ذكر في "الزيادات" لا يعتقون .

٦٣٣٨ - فقد ذكر في "الزيادات" : إذا قال : كل جارية لي حرة إلا جارية هي ثيب ، ثم قال : هذه ثيب ، وهذه ثيب ، وأنكرت الجواري ، فالقاضي يريهن النساء ، فإن قلن : هن ثيبات لا يعتقن ، وإن قلن : من أبكار عتقن ، لا بقولهن ، ولكن بوجوب العتق على طريق العموم عند عدم ثبوت وصف المستثنى ، وهو الثيابة ، فقد صحح محمد رحمه الله تعالى الاستثناء في

---

(1) وفي ب و ف : بكسب خبيث .

رده معنى بإيجاب قيمة العبد عليه .

٦٣٤٢ – رجل قال لغيره . جارتي هذه لك على أن تعتق عني عبدك فلاناً ، فرضي بذلك ، ودفع الجارية إليه لا تكون الجارية له حتى يعتق العبد ، كذا روى خلف بن أيوب عن محمد رحمه الله تعالى ؛ لأنه طلب منه تمليك العقد مقتضى طلب الإعتاق مقابلا بتمليك الجارية ، فما لم يوجد إعتاق العبد لا يوجد تمليك العبد ، ولا تمليك الجارية(١) .

٦٣٤٣ – رجل اشترى من آخر عبداً شراء فاسداً ، ثم إن المشتري أمر البائع بالعتق قبل القبض ، فأعتقه جاز . ولو أعتقه المشتري بنفسه لا يجوز ؛ لأنه لما أمر البائع بالعتق ، فقد طلب منه أن يسلطه على القبض ، فإذا أعتقه ، فقد سلطه على القبض مقتضاه سابقاً عليه ، وإن صار المشتري قابضاً أيضاً مقتضاه سابقاً عليه .

٦٣٤٤ – رجل قال في وصيته : أعتقوا خير عبيدي ، أو قال : أفضل عبيدي ، أو قال : بيعوا أفضل عبيدي ، وتصدقوا بثمنه على المساكين ، فهذا على أفضلهم في القيمة . ولو قال : أوصيت لأفضل عبيدي ، فهو لأفضلهم في الدين .

٦٣٤٥ – في مجموع النوازل عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل قال : مماليكي الخبازون أحرار ، ولهم خبازون وخبازات عتقوا .

٦٣٤٦ – وفي مجموع النوازل : إذا قال لعبده في صحته : أنت حر الساعة بعد موتي يعتق بعد الموت .

٦٣٤٧ – ولو قال لعبده في صحته : أنت حر من ثلث مالي عتق من جميع المال . وفيه أيضاً : إذا قال لغيره : أعتق مدبرك هذا عني على أن لك ألف درهم ، أو على أني ضامن لك ألف درهم ، فأعتقه لا شيء عليه .

٦٣٤٨ – قال خلف بن أيوب : سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل قال لعبديه : أحدكما حر بعد موتي ، وله وصية مائة درهم ، ثم مات . قال : يعتقان جميعاً ، والمائة بينهما نصفان ؛ لأن بالموت شاع العتق فيهما ، فيشيع الوصية أيضاً ، قلت : فإن قال : ولكل واحد منهما مائة درهم ، قال : يبطل مئة واحدة ؛ لأنها وقعت لعبده .

٦٣٤٩ – وسئل أبو بكر رحمه الله تعالى عمن قال لعبده . يا نيم آزاد . يا نيمه آزاد ، قال يعتق ، كأنه قال له : نصفك حر .

---

(١) وفي "م" : فلا يملك العبد مقتضى طلب الإعتاق مقابلا بتمليك الجارية ما لم يوجد إعتاق العبد لا يوجد .

٦٣٥٠ - العبد المأذون إذا اشترى جارية، وأخبر المولى بذلك، فقال له المولى: اصنع ما شئت، فأعتقها العبد لا يجوز عتقه، لأنه لا يراد بمثل هذا الكلام الإعتاق، فلا يجوز عتقه ما لم يأمره بالإعتاق نصاً.

٦٣٥١ - قال في «أيمان الجامع»: إذا قال الرجل لامرأة حرة: إذا ملكتك، فأنت حرة، أو قال: إذا اشتريتك فأنت حرة، ثم إنها ارتدت، ولحقت بدار الحرب، وسبيت، فملكها الحالف عتقت عندهما، وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يعتق. فهما يجعلان الردة واللحاق والسبي مذكوراً في هذه المسألة تصحيحاً لإيجاب الحرية. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: غير المذكور إنما يجعل مذكوراً تصحيحاً للمذكور، وإذا لم يبق للمذكور صحة بدونه بحال، وللمذكور صحة بدون هذه الأشياء في الجملة، فانصرف إلى ما يليق بظاهر حالها، وهو ملك النكاح والحرية عنه بالطلاق[1]، فلا ضرورة إلى جعل الغير المذكور مذكوراً.

توضيحه: أنه أضاف الملك إلى الحرة، وأضاف الشراء إلى الحرة، وملك الحرة ملك نكاح، وشراء الحرة نكاح، ولهذا لو اشترى الحرة منها كان نكاحاً، فالنكاح ينعقد بلفظة الشراء، والشراء على ما عرف. فانصرف يمينه إليه، فلا يدخل تحته الملك الحقيقي، ألا ترى أنه لو قال لمنكوحته نكاحاً فاسداً: إن طلقتك فعبدي حر، ينصرف يمينه إلى طلاق مثلها، كذا ههنا.

٦٣٥٢ - ولو قال لها: إذا ارتددت، ولحقت بدار الحرب، وسبيت فملكتك، فأنت حرة، وكان كذلك عتقت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً؛ لأنه لما صرح بهذه الوسائط علم أنه ما أراد به [ما يليق بظاهر حالها، وإنما أراد به][2] الملك الحقيقي، فانصرف يمينه إليه. ثم هذه المسألة دليل على أن اليمين بالعتق ينعقد على الحرة، فأولى أن يبقى على الحرة، بما يبطل قول من قال: بطلان اليمين بالعتق لبطلان المحلية بثبوت الحرية.

٦٣٥٣ - إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه، ثم أعتق أحدهما بعينه، إن لم يكن له نية أو نوى عتقاً مستقبلاً، فإن نوى الآخر يتعين للعتق بالكلام الأول، وإن نوى بالكلام الثاني بيان ما نوى بالإيجاب الأول، وحلف على ذلك، لا يعتق الآخر، صدق فيما ادعى، ذكره شيخ الإسلام

(١) وفي ظ: بالإطلاق.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

لا يملك بالكتابة، فكان العتق أقوى، فلا يكون إثباته تبعاً للكتابة.

١٣٦٠ - [ولو قال: أعتق عبدك على ألف عليّ، فأعتق يلزمه المال، ويقع العتق عنه، ولم يذكر قوله عني، لأن قوله: على ألف عليّ يدل عليه، وإن المال لا يلزمه لو لم يقع العتق عنه](١).

١٣٦١ - ولو قال: أعتق عبدك عن نفسك بألف عليّ، فأعتق لا يلزمه المال؛ لأن العتق هاهنا لا يقع عن الآمر، وبدونه لا يلزمه المال. والطلاق في هذا يخالف العتق، فإن من قال لغيره: طلق امرأتك بألف عليّ، فإنه يصح، وقوله: عن امرأتك بالألف على منزلة قوله: طلق عن نفسك؛ لأنه لا يتصور أن يكون الطلاق واقعاً عن الآمر، فإن من قال لغيره: طلق امرأتك عني، فطلق يقع الطلاق عن المأمور دون الآمر. ثم قال في الطلاق [يلزمه المال، وفي الإعتاق لا](٢) يلزمه المال. وكذلك إذا قال: أعتق عبدك على ألف درهم أضمنها لك. فهنا لم يكن العتق عن الآمر.

١٣٦٢ - إذا قال الرجل لغيره: أعتق عبدك عن ولدي الصغير بألف درهم، فأعتقه المأمور، فإن العتق يقع عن المأمور، ويكون الولاء له؛ لأن الأمر بالإعتاق عن الصغير من الأب لا يصح، والتحق هذا الأمر بالعدم، فصار صاحب العبد معتقاً عبده عن الصغير بغير أمر أحد، فيقع عنه.

١٣٦٣ - ولو كان للصبي عبد، فقال رجل لأبيه: أعتق عبد ابنك هذا عني على ألف درهم، فأعتقه الأب يقع العتق عن الآمر، وعليه ألف درهم للصبي يقبضها الأب عنه؛ لأنه طلب من الأب بيع هذا العبد منه بألف درهم، والإعتاق عنه، والأب يملك ذلك، فإنه يملك بيع عبد ابنه الصغير من الأجنبي، ويملك إعتاقه من الأجنبي، فيصح الأمر به، ويقع العتق عن الآمر - والله سبحانه وتعالى أعلم -(٣).

---

(١) أثبت من م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبته من ...

(٣) انتهت نسخة ب إلى هذا المقام.

كتاب المكاتب

هذا الكتاب يشتمل على ثمانية عشر فصلا

الفصل الأول
في بيان تفسير الكتابة وركنها وشرط جوازها وحكمها

٦٢٦٤ - يجب أن يعلم بأن تفسير الكتابة لغة: الضم والجمع في صيغ كان، ورأى جميع قال: ومنه فعل الكتابة، لما فيه من الجمع والضم بين الحروف، ومنه سمي الجيش كتيبة لانضمام البعض إلى البعض، إلا أن في عرف لسان الشرع إذا أطلق هذا الاسم مضافًا(1) إلى المملوك يراد به ضم مخصوص [أي ضم مخصوص](2) وذلك اسم ضم المولى العبد إلى نفسه من إثبات صفة المالكية له يدًا، فإن العبد بعقد بدل الكتابة يصير مالكًا نفسه وكسبه يدًا، حتى يختص بالتصرف في نفسه وكسبه.

٦٢٦٥ - وركنها: الإيجاب والقبول؛ لأنها عقد معاوضة من الجانبين، فيكون الركن فيها الإيجاب والقبول(3)، كما في سائر المعاوضات.

٦٢٦٦ - وشرط جوازها على الخصوص: قيام الرق في المحل، وكون المسمى معلوم القدر والجنس، فأما كونه مؤجلًا منجمًا فليس بشرط، وهذا مذهبنا، وتقريب المسألة: أن الكتابة حالة هل يجوز؟ فعند علمائنا رحمهم الله تعالى يجوز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا﴾(4) أمر بالكتابة مطلقًا من غير فصل بين أن يكون مؤجلة أو حالة. والمعنى في ذلك أن البدل في الكتابة معقود به، وليس بمعقود عليه كالثمن في باب البيع، ولهذا جاز الاستبدال به قبل القبض، ولو كان معقودًا عليه لما جاز الاستبدال به قبل القبض. قلت: والمعقود به يثبت في الذمة حالًا ومؤجلًا.

جئنا إلى بيان حكمها: أما من جانب العبد فحكمها في الحال ثبوت حرية اليد حتى يصير [ ](5) العبد أخص بأجزائه وبمكاسبه، حتى يتصرف في منافعه ومكاسبه، ويذهب

(1) وفي م: إذا أطلق هذا الاسم مضافًا، فإن العبد يصير حرًا للحال، ثم ينضم إلى هذه حرية الرقبة عند أداء بدل الكتابة، وأما ضم المولى العبد إلى نفسه ... إلخ.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م وب.

(3) أثبتناه من م.

(4) سورة النور الآية ٣٣

(5) هكذا في ... م ... وكذا في الأصل و... يكون.

كذا، وآخره كذا، فقبل ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال: هذا مكاتب[1]. قال: هذا وقوله: إذا أديت إلي ألف درهم، ولم يسم الشهور سواء. ينبغي أن يكون مكاتبة كله، أو لا يكون مكاتبة كله، حتى يقع اسم الكتابة، يعني حتى يأتي بلفظ الكتابة. قال: ولكنه أخذ بالاستحسان.

(١) وفي ط و ب: هذه مكاتبة

الفصل الثاني في بيان ما يصح الكتابة وما لا يصح

مما يجب اعتباره في هذا الفصل أن جهالة البدل متى كانت جهالة جنس منعت صحة التسمية في العقود كلها، سواء كان عقداً هو معاوضة مال بمال كالبيع والإجارة وأمثالهما، أو عقداً هو معاوضة مال بما ليس بمال كالكتابة والخلع وأمثالهما. وجهالة البدل إذا كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بمال، ولا تمنع صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بما ليس بمال. [فرق بين معاوضة المال بالمال وبين معاوضة المال بما ليس بمال فيما إذا كانت جهالة البدل جهالة وصفاً][1].

والفرق: أن في معاوضة المال بما ليس بمال المالية ليس بمقصود، وباختلاف الوصف إنما تختلف المالية، فإذا لم تكن المالية مقصودة، وهذه الجهالة لا تخل بالمقصود، فصار وجودها والعدم بمنزلة. أما في معاوضة المال بالمال المالية مقصودة، وباختلاف الوصف يختلف المالية، فإذا لم تكن المالية معلومة تخل بالمقصود، فيجب اعتبارها.

٦٣٧٠ - يبتنى على هذا الأصل ما ذكر في «الزيادات»: رجل قال لعبده: كاتبتك على عبد، فقبله جازت الكتابة؛ لأن الكتابة معاوضة المال بما ليس بمال، وقد ذكرنا أن جهالة وصف البدل في معاوضة المال بما ليس بمال لا تمنع صحة التسمية. قال: وينصرف إلى العبد الوسط؛ لأنه إذا صحت التسمية وجب العبد ديناً في الذمة، والأصل في الحيوان المجهول إذا ثبت ديناً في الذمة أنه ينصرف إلى الوسط، كما في الزكاة، والوصية، والدية. والمعنى أن في صرفه إلى الوسط عملاً بالوصفين؛ لأن الوسط بين الجيد والرديء، وتقديراً للجانبين.

والوسط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الذي قيمته أربعون ديناراً. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: على قدر غلاء السعر ورخصه. والمسألة معروفة. قال: ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة عقد إرفاق، فالظاهر أن يكون البدل أقل من قيمة المكاتب، [illegible] واحداً، وقد ذكر في كتاب الوكالة: إذا وكل رجلاً بشراء عبد، وجعله أجناساً مختلفة، وكأنه عمل بالتسمين فأخذه بجنس الواحد إذا سمي في عقد هو معاوضة المال بما ليس بمال، والأجناس المختلفة إذا سمي في عقد هو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، والمثبت من ظ و م.

معاوضة المال بالمال، وكذلك لو كاتبه على حنطة أو شعير، وسمى مقدارًا معلومًا، إن وصف ذلك بصفة، بأن شرط الجيد، أو الرديء، أو الوسط، انعقد العقد على ذلك الوصف، وإن لم يصف ذلك بصفة ينصرف ذلك إلى الوسط لما ذكرنا في العبد.

٦٣٧١ ولو كاتبه على ثوب، ولم يبين هرويًا أو مرويًا، كانت التسمية فاسدة؛ لأن الثياب أجناس مختلفة، ولهذا لو وكل رجلاً بأن يشتري له ثوبًا لا يجوز. ولو كاتبه على دراهم، قيمة العبد كانت التسمية فاسدة؛ لأن المسمى مجهول القدر جهالة متفاحشة لا وسط لها حتى ينصرف إليه، والصرف إلى الأقل والأكثر متعذر، لأن إيجاب قيمة البدل(١) تعذر؛ لأن العبد متقوم في نفسه، والأصل في الأشياء قيمتها، وإنما يعدل عنها عند صحة التسمية [ولم تصح التسمية](٢)، فبقي حكم الأصل، فهو معنى قولنا: تعذر الصرف إلى الأقل والأكثر، فصار مجهول القدر جهالة متفاحشة، وجهالة القدر فوق جهالة الجنس، وجهالة الجنس مانعة صحة التسمية في العقود كلها.

قال في الأصل في مسألة الثوب: وإذا فسدت الكتابة، فإذا أدى إلى المولى ثوبًا لا يعتق. ولو كاتبه على قيمته كانت الكتابة فاسدة؛ لأن البدل مجهول القدر [لأن القيمة](٣) إنما تعرف بالحزر والظن، فرب مقوم يقومه بألف وعشرة، ورب مقوم يقومه بألف إلا عشرة، ورب مقوم يقومه بألف درهم، وإذا كانت القيمة محتملة هذه المقادير، فإذا كاتبه على قيمته، فكأنه كاتبه على أحد هذه المقادير، وهناك تفسد الكتابة لجهالة قدر البدل، كذا هاهنا.

٦٣٧٢ فرق بين هذا وبين ما إذا كاتبه على عبد، فإنه يجوز، وإن كان يجب بهذه التسمية قيمة عبد وسط، ولهذا لو أتى بقيمة العبد يجبر المولى على القبول، وهي مجهولة القدر. والفرق: أن القيمة بتسمية العبد تجب حكمًا لا قصدًا، فإنه نص على تسمية العبد، وههنا تسمية القيمة ثبت قصدًا، فإنه نص على تسمية القيمة، فصارت مقصودة، وقد ثبت الشيء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت قصدًا. وإن أدى قيمته إلى المولى وقبل المولى عتق.

٦٣٧٣ فرق بين هذا وبين ما إذا كاتبه على ثوب، وأدى إلى المولى ثوبًا حيث لا يعتق، وفي الوضعين جميعًا الكتابة فاسدة. والفرق: أن في الكتابة شيئين: معاوضة وتعليق عتق

(١) في ب: قيمة البدل.

(٢) أثبت من ظ.

(٣) أثبت من ظ.

بأداء العوض، ثم معلومة فلوجود العوض من الجانبين، أما تعليق عتق بأداء العوض فإن حد التعليق أن يتعلق نزول الجزاء بشرط يوجد في المستقبل، وفي الكتابة تعليق وقوع العتق بأداء ما صار عوضاً، قلنا: والقيمة تصلح عوضاً لأنها معلومة الجنس، وتصير معلومة القدر عند الأداء، وإذا صلح عوضاً وهو ملفوظ به تعلق العتق بأدائه، وأما الثوب لا يصلح عوضاً؛ لأنه مجهول الجنس والقدر، وما لا يصلح عوضاً في المعاوضات لا يتعلق العتق بأدائه في الكتابة؛ لأن عتق المكاتب معلق بأداء العوض؛ لأن التعليق يثبت بلفظة المعاوضة فيتعلق بأداء ما هو عوض، فلا يعتق بأداء الثوب.

٦٣٧٤- ثم فيما إذا كاتبه على قيمته ذكر أنه يعتق بأداء القيمة، ولم يذكر أن أداء القيمة [بماذا يثبت، قالوا: أداء القيمة][1] إنما يثبت بأحد أمرين: إما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته، فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما؛ لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما، فصار كتصادقهما في الغصب، والبيع الفاسد، وإن اختلفا يرجع إلى تقويم المقومين، فإن اتفق اثنان على شيء يجعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا بأن قوم أحدهما بألف، والآخر بألف وعشرة لا يعتق ما لم يؤد أقصى قيمته.

٦٣٧٥- ثم في فصل الثوب فرق بين الكتابة[2]، وبين ما إذا قال له: إن أديت إلي ثوباً، فقال: إذا قال له: إن أديت إلي ثوباً، فأنت حر، فأدى إليه ثوباً يعتق، وإذا كاتبه على ثوب، وأدى إليه ثوباً لا يعتق، والكتابة تعليق العتق بأداء المسمى كقوله: إن أديت إلي عبداً. والفرق: أن العتق في الكتابة إنما يثبت بعقد المعاوضة، وإنما يثبت التعليق بأداء ما يصلح عوضاً، والثوب لا يصلح عوضاً لكونه مجهول الجنس والقدر، فلم يتعلق العتق بأدائه. فأما في قوله: إن أديت التعليق ثابت نصاً لا بالمعاوضة، فتعلق بما سمى لا بما يصلح عوضاً، وقد سمى ثوباً، فيتعلق العتق بأدائه. ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فيما إذا كاتبه على ثوب أنه إذا أدى قيمته نفسه هل يعتق أم لا؟ وقد ذكرنا فيما إذا كاتبه على حكمه، أو على حكم العبد أنه لا يجوز الكتابة، وإذا أدى قيمته لا يعتق.

قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: لا فرق بين المسألتين؛ لأن في المسألتين جميعاً ما سمى لا يصلح عوضاً؛ لأنه مجهول الجنس والقدر. ثم قال في تلك المسألة: إنه لا يعتق بأداء

(١) أثبت من جميع النسخ التي توجد عندنا.

(٢) وفي ف: "فرق بين الكتابة على ثوب إذا قال له..." إلخ.

عن إثبات حرية اليد.

٦٣٧٧- وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب المكاتب: أن المسمى في الكتابة إذا لم يكن مالاً متقوماً لا تنعقد الكتابة أصلاً، كما إذا كاتبها على حكمه، أو حكم العبد، فإن حكمه قد يكون بغير المال، أو كاتبها على ميتة لا تنعقد الكتابة أصلاً لا على المسمى، ولا على القيمة، ولا يعتق بأداء القيمة، فإذا كان المسمى في الكتابة مالاً متقوماً، إلا أنه مجهول الجنس والقدر ينعقد العقد على القيمة، ويعتق بأداء القيمة.

٦٣٧٨- وفي "المنتقى": برواية إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا كاتب عبده على خمسة أثواب هروية جاز وله خمسة أثواب وسط منها، وإن جاء بقيمتها أجبر المولى على الأخذ، وإن كان له قد سمى رقعتها، وجنسها، وطولها، وعرضها، وجملها، لم يجبره على قبول القيمة، لأن بذكر الأجل صار في معنى السلم.

٦٣٧٩- وفيه أيضاً: إذا كاتب عبداً له على وصيف، ولم يسم له قيمة، فهو جائز، ويؤخذ قيمة أعلى الوصيف، وأوسطها، وأوكسها، فيعطي ثلث الجملة، ولو أدى الأعلى من الوصيف أو الوسط قبل منه، ولو أدى الأوكس لا يجوز، إلا أن يتجوز به المولى.

٦٣٨٠- وفي "المنتقى": إذا كاتبه بكذا، فإن عجز فبكذا، لم يجز. وقيل: معناه لا يجوز الثانية إلا إذا قال: فإن عجزت، فقد كاتبتك بكذا، وإنما لا يجوز الأول[1] إذا أشار في الثانية إلى الأولى، فيقول: فإن عجزت فبكذا، ولم يقل: فقد كاتبتك بكذا حتى يصير البدل مجهولاً. وفيه أيضاً: إذا كاتبه على ألف درهم على أن يؤدي منها كل شهر كذا، وثوب صفته كذا جاز.

٦٣٨١- وفيه أيضاً: إذا كاتبه بألف درهم على أن يرد المولى عليه وصيفاً وسطاً لم يجز، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقسم الألف على قيمتها، فيسقط حصة الوصيف.

٦٣٨٢- وعلى هذا الاختلاف مسألة ذكرها في "الجامع الصغير"، وصورتها: رجل كاتب عبداً له على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبداً صغيراً، فالكتابة فاسدة، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب، وعلى قيمة عبد وسط، فيبطل حصة العبد، ويكون مكاتباً بما بقي.

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إن الكتابة لو فسدت إنما تفسد بمكان اشتراط

---

(١) وفي ف: لا يجوز الأول

العبد ، غير أن اشتراط العبد في الكتابة لا يفسدها ، ألا ترى أنه لو كاتب عبده على عبد يجوز ، وينصرف إلى عبد وسط؟

وجه قولهما : إن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة ؛ لأن ما كان من الدنانير بإزاء العبد الذي يرده المولى فهو بيع ، وما كان منها بإزاء رقبة المكاتب فهو كتابة ، والبيع قد بطل بجهالة الثمن ، والمعقود عليه ، فلو جازت الكتابة إنما تجوز بحصتها من الألف الدنانير ، والكتابة بما يخصها من البدل لا يجوز ، فإنه لو كاتب عبداً بما يخصه من الألف لو قسم الألف عليه ، وعلى عبد آخر له لا تجوز الكتابة ، فكذا هنا .

٦٢٨٣ - وإذا كاتبه على مال معين لغير المكاتب بأن كاتبه مثلاً على عبد بعينه ، أو على عرض بعينه هو لغير المكاتب ، فقد ذكر في الجامع الصغير مطلقاً أنه لا يجوز . وفي الحاصل المسألة على وجهين : إما إن لم يجزه صاحب العبد[1] ، أو أجازه ، إن لم يجزه لا تجوز الكتابة ؛ لأن الكتابة من حيث إنها عقد يقال[2] ويفسخ نظير البيع ، ولو اشترى شيئاً بعرض لغيره ، ولم يجزه صاحب العرض ، فإن الشراء لا يصح ، وكذلك الكتابة ، وهذا بخلاف ما لو تزوج امرأة على عرض لغيره ، فلم يجزه صاحب العرض ، فإن النكاح يجوز ، وكان للمرأة أن ترجع على الزوج بقيمة العرض ، والكتابة لا يجوز ، وذلك لأن النكاح مما لا ينفسخ بهلاك الصداق قبل القبض ، فكذلك بالاستحقاق لا ينفسخ ، وإذا لم ينفسخ النكاح بقي السبب الموجب لتسليم العرض ، والزوج عاجز عن ذلك ، فكان عليه تسليم قيمته ، فأما الكتابة مما يحتمل الفسخ بالإقالة ، فكان كالبيع ، وفي باب البيع إذا لم يجز صاحب العرض ، فإن البيع لا يجوز ، وكذلك الكتابة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول ، وأصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه يجوز ، حتى إنه إن ملك ذلك العين فأداه إلى المولى عتق ، وإن عجز عن أدائه يرده المولى في الرق ؛ لأن المسمى مال متقوم ، وقدرته على التسليم بما يحدث له فيه من الملك موهوم ، فيصح التسمية كما في الصداق إذا سمى عبد غيره ، فإنه يصح التسمية بهذا الطريق .

وروى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : أنه إن ملك ذلك العين فأدى لا يعتق ، إلا أن يكون المولى قال له : إن أديت إلي فأنت حر ، فحينئذ يحكم التعليق

---

(١) وفي ف : صاحب العين .

بعتق ، لأن ملك العين لم يصر بدلا في هذا العقد بتسمية ؛ لأنه غير مقدور التسليم ، وإذا لم يسم شيئاً آخر معه لم ينعقد العقد أصلاً ، فلا يكون العتق بحكم العقد ، وإنما يكون باعتبار التعليق بالشرط ، فإذا لم يصرح بالتعليق ، قلنا : إنه لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة .

٦٣٨٤- وأما إذا أجازه صاحب العرض : قال شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده رحمه الله تعالى : يجب أن تكون المسألة على روايتين : في رواية : يجوز ، وفي رواية : لا يجوز ؛ لأنه متى أجازه صاحب العرض صار صاحب العرض مقرضاً للعرض من العبد كما في البيع ، فيصير العرض من كسبه ، والمولى متى كاتب عبده على عين في يده وهو من كسبه ، بأن كان عبداً مأذوناً في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه هل تصح الكتابة أم لا؟ قالوا : فيه روايتان : في رواية يجوز ، وهو رواية كتاب الشرب ، فقد ذكر في كتاب الشرب : إذا كاتب عبده على عين في يده جازت الكتابة . وفي رواية لا يجوز . بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : وقفنا على رواية الجواز في كتاب الشرب ، ولم نقف على رواية الفساد ، وعامتهم قالوا : وقفنا على رواية الفساد ، وهي في آخر كتاب المكاتب في الأصل . وقيل : أشار في كتاب نكاح الأصل إلى هذه الرواية . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى نصاً : أنه لا يجوز ، فصار في المسألة روايتان ، واتفقت الروايات أنه لو كاتب عبده على دراهم في يد العبد من كسبه أن الكتابة جائزة .

وجه الرواية التي قال : لا يجوز : وهو إنا متى جوزنا الكتابة على العين لا يخلو إما أن يجعل العبد أحق بهذا العين أولاً ، ثم يجعله بدل الكتابة بعد ما صار أحق به أو لا نجعله أحق به ، فإن لم نجعله أحق به لم تجز هذه الكتابة ؛ لأنها لا تفيد شيئاً ، فإن العين قبل الكتابة مملوك للمولى رقبة ويداً ، فمتى بقي كذلك بعد الكتابة ، ولم يصر العبد أحق به لم يستفد المولى بهذه الكتابة شيئاً لا ملك الرقبة ، ولا ملك التصرف ، فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً من العبد المأذون ، ولا دين عليه .

وإن جعلناه أحق به لا يجوز أيضاً ، وإن كان لو جاز لأفاد ، فإن المولى يستفيد به ملك التصرف ، وذلك لأنا متى جوزنا الكتابة على العين بهذا الطريق لا يتحقق معنى الكتابة ، وذلك لأن تفسير الكتابة شرعاً إيجاب حريتين على سبيل التعاقب والترادف ، وهو إثبات حرية اليد ، ثم حرية الرقبة على ما بينا ، ومتى جوزنا الكتابة على العين يثبت الحريتان معاً لا على سبيل التعاقب ، فيكون إعتاقاً على مال ، ولا يكون كتابة .

ملك اليد والتصرف][1] عوضًا كما يصلح ملك الرقبة عوضًا جعلنا بدل الكتابة ملك التصرف لا ملك الرقبة، بل يبقى الرقبة على ملك المولى.

إذا جعلنا هكذا تصحيحًا للكتابة، وهذا لأنا متى جعلنا البدل ملك الرقبة لا تصح الكتابة؛ لأنه يثبت الحريتان معًا لا على سبيل [التعاقب والترادف[2]، وإذا جعلنا البدل ملك اليد والتصرف تصح الكتابة؛ لأنه يثبت الحريتان[3] على سبيل][4] الترادف؛ لأن ملك التصرف إنما يصير للمولى بعد القبض، فيثبت للمكاتب حرية اليد بنفس العقد، ويثبت حرية الرقبة بعد ما ثبت ملك الرقبة[5] للمولى بالقبض، فيثبت الحريتان على سبيل الترادف، فجعلنا كذلك تصحيحًا للكتابة بقدر الممكن، بخلاف البيع، وذلك لأنا إذا جعلنا ملك الرقبة معقودًا عليه مع ملك التصرف لا يؤدي إلى فساد، فجعلنا كلا الأمرين معقودًا عليه كما لو اشترى من الحر.

٦٣٨٧ - وكذلك لو قال: كاتبتك على كر فلان بعينه، أو طعام فلان بعينه؛ لأن ما سوى الدراهم والدنانير من المكيلات والموزونات مما يتعين بالتعيين في المعاوضات، فإذا [تعينا بالتعيين][6] كان الجواب في المكيل والموزون كالجواب في العروض سواء.

٦٣٨٨ - وإن قال: كاتبتك على ألف فلان هذه، فإن الكتابة تجوز، وذلك لأن الدراهم والدنانير مما لا يتعينان بالتعيين [في عقود المعاوضات عندنا، حتى لا يتعلق العقد بعين ما أضيف إليه، وإنما يتعلق بمثله دينًا في الذمة، وإذا لم يتعينا بالتعيين][7] صار وجود هذا التعيين وعدمه بمنزلة. ولو عدم التعيين بأن قال: كاتبتك على ألف درهم جاز، فكذا إذا وجد، ولم يكن لها عبرة، فإن أدى إليه تلك الألف بعينها لا شك أنه يعتق، وإن أدى ألفًا غيرها فكذلك.

٦٣٨٩ - فرق بين هذا وبين ما إذا قال لعبده: إن أديت إلي ألف فلان هذه، فأنت حر،

---

(١) أثبت من جميع النسخ المتوفرة.

(٢) وفي "ط": وبالترادف.

(٣) تصح الكتابة - ولا يثبت الحريتان.

(٤) ساقط من الأصل، وإنما أثبت من "ط" و"ف" و"د" و"م".

(٥) وفي "م": ملك التصرف للمولى.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ط" و"م" و"ف".

(٧) أثبت من "ط" و"م".

وأدى غيرها، فإنه لا يعتق، وفي الكتابة تعلق عتق كما في قوله: إذا أديته إلي ألفاً فأنت حر.
والفرق ما ذكرنا أن التعليق في باب الكتابة ثابت بالمعاوضة، فيتعلق بالأداء عما هو عوض،
والتعيين ههنا دخل على ما هو عوض، والتعيين متى دخل على ما هو عوض، وهي الدراهم
والدنانير كان التعيين لغواً، كما في سائر المعاوضات، وإذا لغا صار وجود هذا التعيين وعدمه
بمنزلة، فأما التعليق في قوله: إن أديت إلي ألفاً، فأنت حر ثبت لا بالمعاوضة؛ لأن هذا ينعقد
يميناً ابتداءً، والتعيين ههنا دخل على الشرط لا على العوض، والتعيين إذا دخل على الشرط
يكون معتبراً.

٦٣٩٠ - قال: وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير، فالكتابة فاسدة؛ لأن الخمر
والخنزير كل واحد منهما ليس بمال متقوم في حق المسلم، وتسمية ما ليس بمال متقوم في عقد
يحتاج فيه إلى التسليم يوجب فساد العقد كالبيع، فإن أدى ذلك قبل أن يترافعا إلى القاضي
عتق وعليه قيمة نفسه؛ لأن الكتابة قد فسدت، والمعقود عليه في العقود الفاسدة مضمون
بالقيمة.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى: أن عند زفر لا يعتق إلا بأداء قيمة
نفسه؛ لأن البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة، وإنما يعتق المكاتب بأداء البدل. وعند أبي
يوسف رحمه الله تعالى: أيهما أدى المشروط أو قيمة نفسه، فإنه يعتق؛ لأن البدل صورة هو
المشروط، والعتق معلق بأدائه، ومن حيث المعنى البدل هو القيمة، فأيهما أدى يعتق.

٦٣٩١ - وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في الكتابة إذا كانت
فاسدة، بأن حصلت على ألف رطل من خمر، أو على عبد لرجل، أو ما أشبه ذلك، وأدى
المكاتب إلى المولى ما شرط في عقد الكتابة عتق، ويسعى في تمام قيمته.

٦٣٩٢ - وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إن قال المولى في عقد الكتابة: إن أديت إلي
ألفاً، فأنت حر عتق عند الأداء، ويسعى في تمام قيمته، وإن لم يقل ذلك في عقد الكتابة لم يعتق.
وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ينبغي في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إنه إذا قال: إن
أديت إلي، فأنت حر، إنه إذا أدى عتق، ولا شيء عليه.

٦٣٩٣ - وإذا كاتب الرجل عبده وهو خياط، أو صباغ على عبد مثله يعمل عمله،
فالقياس أن لا تصح هذه الكتابة، وفي الاستحسان تصح. وجه القياس: أنه جعل بدل الكتابة
ما لا يمكنه تسليمه؛ لأنه جعل بدل الكتابة عبداً موصوفاً بصفة، وقد يكون عبدان على تلك
الصفة، ويتفاوتان في القيمة تفاوتاً فاحشاً، فالمولى يطالبه بأكثر من قيمته، بخلاف ما لو ذكر

العبد مطلقاً؛ لأن المستحق بهذا عبد وسط. وأما ههنا المستحق عبد على الصفة التي [ذكرها][1] المولى [وعلى هذه الصفة يتفاوتان].

وجه الاستحسان: أن العبدين على الصفة التي وصفه المولى[2] إن كانا يتفاوتان في القيمة، إلا أن المولى يجبر على قبول أقلهما قيمة، كما في الوسط، فإن القيمة بين وسط ووسط مما يتفاوت، ولم يمنع ذلك جواز الكتابة، إلا أن المولى يجبر على قبول أقلهما قيمة، فكذلك هذا.

٦٣٩٤- وإذا كاتب الرجل عبده إلى الحصاد، أو إلى الدياس، القياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز. وجه القياس: أن الجهالة دخلت في قدر الأجل، فيعتبر بجهالة دخلت في قدر البدل [والجهالة في قدر البدل][3] يوجب الفساد، قل أو كثر، بأن كاتبه على قيمته، فكذلك في قدر الأجل. ودليله: ما لو كاتبه بألف درهم إلى وقت هبوب الريح بخلاف ما لو كاتبه على وصيف أو شاة؛ لأن الجهالة في الصفة لا في القدر. وفي الاستحسان يجوز؛ لأن الجهالة وإن دخلت في قدر الأجل، إلا أن حال الأجل أخف من حال البدل؛ لأن البدل ركن في باب العقد، ولا يجوز العقد بدونه، والأجل شرط [زائد][4] يجوز العقد بدونه، وكان حال الأجل دون حال البدل، فقيل: بأن الجهالة في قدر البدل يمنع صحة العقد، قل أو كثر، ليظهر أمور حاله، والجهالة في قدر الأجل إن كان قليلا لا يوجب الفساد، ويكون بمنزلة جهالة تمكن في حقيقة البدل[5] [وإذا][6] كانت فاحشة كما في هبوب الريح يوجب الفساد، ويعتبر بجهالة قدر يتمكن في البدل ليظهر نقصان حال الأجل من حال البدل.

٦٣٩٥- وإذا كاتب الرجل عبده على ألف درهم في يده، وفي يد العبد ألف درهم، أو أقل، أو أكثر كانت الكتابة جائزة، وكان ينبغي أن لا تجوز إذا كان في يده أكثر من ألف درهم، أو أقل؛ لأنه ربا، ألا ترى أنه إذا اشترى منه ألفاً بألفين بعد الكتابة فإنه لا يجوز،

---

(١) هكذا في "ف" و"ظ"، وكان في الأصل: وصفه.

(٢) أثبت من "ظ" و"ف".

(٣) أثبت من "ظ" و"ف".

(٤) هكذا في "ف"، وكان في الأصل و"ظ": جائز.

(٥) وفي "ف": في صفة البدل.

(٦) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل: وإن.

وهنا لا يجوز لمكان الربا.

والفرق أن حكم هذا الربا أخف من حكمه بعد الكتابة؛ لأن العقد هاهنا يوجد مع العبد، ولا ربا بين المولى وبين العبد، وحكمه يقع هاهنا بعد الكتابة، والربا يجري بين المولى ومكاتبه، فمن حيث العقد لا يكون هذا ربا، وباعتبار الحكم يكون ربا، فكان ربا من وجه دون وجه[1]، فيشبه[2] من هذا الوجه الاعتياض عن الأجل؛ لأن ذلك ربا عند بعض الفقهاء، وليس ربا عند البعض، فكان ربا من وجه دون وجه، فيجاز، فكذلك هذا، بخلاف ما لو وجد من المكاتب هذا العقد من بعد الكتابة؛ لأنه ربا باعتبار العقد والحكم جميعاً، فكان ربا من كل وجه، والمولى مع المكاتب فيما كان ربا من كل وجه ملحق بالحر، وفيما كان ربا من وجه دون وجه ملحق بالعبد المأذون؛ لأن المكاتب بين الحر والعبد. والله تعالى أعلم.

---

(١) وفي ف: فكان ربا باعتبار الحكم، ولم يكن ربا باعتبار العقد، فكان ربا من وجه دون وجه.

(٢) هكذا في الأصل، وكذا في ع: فيشبه، وفي ف: فشبه.

الفصل الثالث في الشروط والخيار في الكتابة

٦٣٩٦ - قال محمد رحمه الله تعالى: إذا كاتب الرجل عبده على أن يخدمه شهراً، القياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز. وجه القياس: أن الخدمة مجهولة الجنس قد تكون في البيت، وإنها مختلفة قد يكون طبخاً، وقد يكون كسباً، وقد يكون خارج البيت، وإنها مختلفة أيضاً قد تكون سقياً، وقد يكون كسر حطب، وشراء شيء، والتفاوت الكثير يوجب اختلاف الجنس، وجهالة الجنس توجب فساد الكتابة. قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ذكر القياس في الكتابة يكون ذكراً في الإجارة، فيقال فيما إذا استأجر رجلاً ليخدمه شهراً أنه لا يجوز قياساً من الطريق الأولى؛ لأن الكتابة أسرع جوازاً من الإجارة.

وجه الاستحسان: أن أعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس عرفاً، والمعروف فيما بين الناس كالمشروط، ولهذا جازت الإجارة، وإن لم يبين نوع الخدمة، وينصرف مطلق اسم الخدمة إلى ما يعتاد خدمته فيما بين الناس في البيت، وخارج البيت، فكذا ههنا، بل أولى؛ لأن الكتابة أسرع جوازاً من الإجارة، وكذلك إذا كاتبه على أن يخدم فلاناً شهراً صح استحساناً لا قياساً.

٦٣٩٧- ولو كاتب عبده على ألف درهم على أن يؤديها المكاتب إلى غريم له كانت الكتابة جائزة. فرق بين الكتابة وبين البيع، فإنه إذا باع عبده بألف درهم على أن يؤدي المشتري إلى غريم البائع كان البيع فاسداً. وقد شرط في الموضعين شرطاً لا يقتضيه العقد؛ لأن العقد في الموضعين لا يقتضي الأداء إلى غير العاقد، وللمولى والبائع في هذا الشرط فائدة؛ لأنه يسقط عن نفسه مؤونة القضاء إلى غريمه، والناس يتفاوتون في الاستيفاء مؤونة القضاء أيضاً، مع هذا حكم بفساد البيع، ولم يحكم بفساد الكتابة.

والوجه في ذلك أن البيع بمثل هذا الشرط إنما يفسد بسبب الربا؛ لأنه شرط على المشتري لنفسه منفعة ليس بإزاءها عوض، والربا ما ملك بالبيع، وخلا عن العوض والربا يفسد البيع، وفي الكتابة لا يصير رباً؛ لأنه حال ما شرط عليه هذه الزيادة المكاتب عبده؛ لأن العقد يجري بينهما وهو عبد، وحكمه يثبت وهو مكاتب، فكان رباً من وجه باعتبار الحكم، ولم يكن رباً باعتبار العقد، ومثل هذا لا يفسد الكتابة، كما لو كاتب عبداً له على نفسه، وما في يده من

المال بألف درهم على أن يضمنها الرجل[1] عن سيده، فالكتابة جائزة. ولو كان مكان الكتابة بيعًا بأن باع عبدًا له من رجل بألف درهم على أن يضمن المشتري الثمن عنه لغريم البائع، فالبيع فاسد، والفرق ما ذكرنا.

٦٣٩٨ - قال: والضمان جائز أيضًا، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز. ولو قال العبد للمولى: كاتبني على ألف درهم على أن أعطيك من مال فلان تجوز هذه الكتابة، وطريقه إنهما وإن شرطا في الكتابة شرطًا لا يقتضيه الكتابة، إلا أنه لا منفعة للمولى في هذا الشرط؛ لأن الألف من ماله، ومن مال فلان في حق المولى على السواء، واشتراط ما لا يقتضيه العقد، إذا لم يكن للمشروط له فيه منفعة لا توجب فساد العقد عرف ذلك في كتاب البيوع.

٦٣٩٩ - قال في «الجامع الصغير»: إذا شرط المولى على المكاتب أن لا يخرج من البلدة إلا بإذنه، فهذا الشرط باطل، والكتابة جائزة، وإنما كان الشرط باطلًا؛ لأنه تخصيص لما دخل تحت الكتابة من حيث المكان؛ لأن الانطلاق إلى الأماكن كلها للتجارة دخلت تحت الكتابة؛ لأنه طريق للتجارة، واكتساب المال. قال الله تعالى: ﴿فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾[2]، وما كان طريقًا للتجارة [واكتساب المال يجب أن يكون داخلًا تحت الكتابة قياسًا على التصرف][3] قياسًا على البيع، والشراء والاحتطاب والاصطياد.

قلنا: وتخصيص ما وجب تحت الكتابة يوجب فساد الكتابة كما لو خص عليه التصرف في نوع دون نوع، إلا أن فساد هذا الشرط لا يوجب فساد الكتابة؛ لأن الكتابة تشبه النكاح من حيث إن أصله مبادلة المال بما ليس بمال، فإن المال في الكتابة يقابل الرق، والرق ليس بمال، ولهذا وجب[4] الحيوان دينًا في الذمة بدلًا عن الرق، ويشبه البيع من حيث إنهما[5] يقال ويفسخ، فكانت بين البيع والنكاح، فألحقناها بالنكاح، فلم يفسدها بشرط يقتضيه العقد إذا كان شرطًا يمكن للمكاتب الوفاء به، وإن كان لأحدهما فيه منفعة، وألحقناها بالبيع،

---

(١) هكذا في «م»، وكان في الأصل و«ظ» و«ب»: الرجل.

(٢) سورة الجمعة، الآية: ١٠.

(٣) أثبت من «ب» و«ظ».

(٤) هكذا في «ب» و«ظ» و«م»، وكان في الأصل: يوجب.

(٥) إنما.

بإعتاقها في هذه الصورة لا تنفسخ الكتابة فيهما، فكان العتق حاصلا بجهة الكتابة، فيتبعها الولد.

٦٤٠٧ - ولو كان الخيار للمولى، فولدت، ثم ماتت في مدة الخيار لا تبطل الكتابة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف رحمه الله تعالى، وله أن يجيزها، وإذا أجازها يسعى الولد على نجوم الأم، وإذا أدى عتقت الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها. وعند محمد رحمه الله تعالى تبطل الكتابة، ولا تصح إجازة المولى. وجه قول محمد رحمه الله تعالى: أن المعقود عليه مات في مدة الخيار، فيبطل العقد، كما لو باع أمة على أن البائع بالخيار، فولدت، ثم ماتت. والمعنى في ذلك أن لزوم العقد عند سقوط الخيار، فلا بد من بقاء من هو الأصل والمقصود بالعقد عند ذلك.

وجه قولهما: أن الولد جزء منها، فيجعل قائما مقامها في تنفيذ العقد عند الإجازة باعتبار حاجتها وحاجة الولد إلى تحصيل العتق عند الأداء، ألا ترى أنه بعد لزوم العقد لو ماتت يجعل الولد قائما مقامها في السعاية على النجوم للمعنى الذي ذكرنا، فكذا ههنا. فإذا كان الخيار للمولى فاشترت وباعت في مدة الخيار، ثم رد المولى الكتابة لم يجز تصرفاتها؛ لأنها لم تصر مكاتبة، والإذن بالتجارة[1] من ضرورات الكتابة، فإذا لم يثبت الكتابة لم يثبت الإذن، فلا ينفذ تصرفاتها، إلا أن يراها تبيع وتشتري، ويسكت، فحينئذ يكون ذلك إجازة للكتابة من المولى، وينفذ تصرفاتها. وإن كان الخيار للمكاتب فتصرفه يكون إجازة للكتابة.

٦٤٠٨ - ولو كاتبها وشرط الخيار لنفسه أو لها، فولدت ولدا، ثم أسقط صاحب الخيار خياره، فالولد مكاتب معها؛ لأن حكم الكتابة عند سقوط الخيار يثبت من وقت العقد، كما في البيع، فتبين أن هذا ولد المكاتبة، فيصير مكاتبا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) أثبت من [illegible]

الفصل الرابع في عجز المكاتب، وفسخ الكتابة بسبب عجزه

٦٤٠٩ - وإذا عجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة، وأراد المولى أن يفسخ عقد الكتابة، فيرده في الرق إن رضي المكاتب بالفسخ، لا شك أنه ينفسخ العقد بفسخهما؛ لأنه تم بهما، فينفسخ بفسخهما أيضاً، كالبيع والإجارة وأشباههما.

٦٤١٠ - وإن لم يرض المكاتب بالفسخ يفسخ المولى العقد بنفسه، ففيه روايتان: في رواية: لا يصح فسخه، ويحتاج فيه إلى قضاء القاضي، وفي رواية أخرى: يصح فسخه ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، وإنما كان للمولى حق فسخ الكتابة عند عجز المكاتب، إما لأنه تمكن الخلل في مقصود العاقد، وتمكن الخلل في مقصود العاقد يمنع تمام الرضا، وعدم الرضا في العقد المحتمل للفسخ يمنع لزومه، وكل عقد هو ليس بلازم فللعاقد فسخه كشرط الخيار، أو لأن هذا بمنزلة العيب من حيث إنه يوجب تمكن خلل في مقصود العاقد، وبالعيب يفسخ كل عقد يحتمل الفسخ، فهذا أمر متفق عليه

بعد هذا اختلفت الرواية في اشتراط قضاء القاضي لصحة هذا الفسخ. وجه الرواية التي قال: قضاء القاضي ليس بشرط: إن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد؛ لأن تمام الكتابة بالأداء؛ لأن تمام العقد بفراغ الشرع من استيفاء أحكامه، فيشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري معيباً قبل القبض، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ، ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، فههنا كذلك.

وجه رواية الأخرى: إن هذا عيب تمكن في أحد العوضين بعد القبض؛ لأن المكاتب بعقد الكتابة صار في يده، فأشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري بالمشتري عيباً بعد القبض، وهناك المشتري لا ينفرد بالفسخ، كذا ههنا.

٦٤١١ - وإن أراد المكاتب أن يعجز عن نفسه، فقال المولى: لا أعجزك، هل ينفسخ الكتابة؟ روي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه قال: سمعت أبا نصر محمد بن محمد بن سلامة عن أبيه محمد بن سلمة أنه قال: إذا أبى المولى أن يعجزه فله ذلك، ولا ينفسخ الكتابة بتعجيزه، وكان يقول: للمولى أن يقول له: إن أعجزتك على أن أستكسبك، وأشغلك بالكسب.

ويكون الكسب لي خاصة[1]، ولا أعجزك على أن أستكسبك، فيكون الكسب لي وذلك.

قال الفقيه أبو بكر البلخي: وإنه خلاف ما ذكر أصحابنا رحمهم الله تعالى في كتبهم، فإنهم قالوا: للعبد أن يعجز نفسه، وذلك لأن النفقة بعد التعجيز، وقبل الكتابة تكون على المولى. وكذلك جنايته تكون على المولى، وفي حال الكتابة كل ذلك كان على العبد، فللعبد أن يعجز نفسه، ويفسخ الكتابة حتى لا يلزمه ذلك، فحاصل أن الكتابة من جانب المكاتب على قول محمد بن سلمة لازمة، وعلى ما يقول أصحابنا رحمهم الله تعالى في كتبهم: غير لازمة.

٦٤١٢- وإن كانت الكتابة مؤجلة منجمة، فكسر المكاتب نجمًا واحدًا، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يرد في الرق. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يرد في الرق ما لم يكسر النجمين.

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن النجم الثاني جعل وقتًا لأداء ما وجب بالأول، فلا يتم عجزه عن النجم الأول إلا بالثاني. ولهما: ما ذكرنا من وجهين أنه تمكن الخلل في مقصود[2] المولى، فإن هذا بمنزلة تعييب، ومعنى آخر: أن النجم الأول لما مضى صار ذلك القدر حالاً فلا يؤجل ثانيًا بعد حلوله، وفي التأخير إلى الثاني تأجيل له، إلا أنه يؤخر يومين أو ثلاثة إذا كان له مال حاضر، أو غائب يرجى قدومه.

ثم إذا كسر نجمًا أو نجمين يرد في الرق، وإن لم يشترط المولى ذلك في العقد؛ لأن الفسخ والرد في الرق عند العجز من قضية عقد الكتابة شرعًا لما ذكرنا، وبمقتضى العقد شرعًا يثبت من غير شرط.

٦٤١٣- قال: رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدة، ثم إن أحدهما عجز، ورده المولى [أو قدمه][3] إلى القاضي، فرده القاضي، ولا يعلم القاضي بكتابة الآخر معه، فإنه لا يصح رده، وذلك لأن العبدين في حق المولى جعلا كعبد واحد من حيث الحكم؛ لأن الانقسام في حقه غير ثابت كما في العبد الواحد على ما يأتي بيانه بعد هذا.

٦٤١٤- ولو كان العبد واحدًا، ففسخ المولى أو القاضي الكتابة في نصفه، أو كله حالة

---

(١) وفي ف، ز، م: على أن لا أعجزك.

(٢) وفي ز، م: أنه تمكن الخلل في المقصود، وأن هذا المعنى العيب.

(٣) هكذا في ف، وكان في ظ، ز، م: "وقدمه".

من صاحبه من وجه دون وجه.

٦٤١٧- وهذا بخلاف رجلين لكل واحد منهما عبد على حدة، كاتبهما كتابة واحدة، ثم عجز أحدهما فأراد مولاه أن يفسخ الكتابة فيه وإن كان مولى الآخر غائبًا، وههنا قال: لا يفسخ، وذلك لأن الشاهد في مسألة العبدين لم يصر فاسخًا على صاحبه شيئًا؛ لأن كتابة عبده لا تؤثر في كتابة عبد صاحبه، حتى لا تمنع على صاحبه بيع عبده، وإذا لم يؤثر في عقد صاحبه لم يصر فاسخًا على صاحبه شيئًا. فأما ههنا كتابة هذا الشاهد أثر في نصيب صاحبه، وقد حصل هذا التأثير بإذن صاحبه، فيصير منقولاً إليه من وجه، فيصير ذلك الفسخ ثابتًا من جهة صاحبه. ولو كان لرجل عبد وقد كاتبه، فمات المولى وترك ورثة، فأراد بعضهم أن يرد الكتابة قبل أن يجتمعوا جميعًا، فإن له ذلك.

فإذا فرق بين هذا وبين أحد الشريكين في كتابة العبد إذا أراد أن يفسخ الكتابة حال غيبة صاحبه ليس له ذلك. والفرق: أن الكتابة ههنا حصلت من الميت، وكل واحد من الورثة يقوم مقام الميت فيما يجب له وعليه، كأنه ليس معه غيره، ألا ترى أنه إذا ادعى على الميت دينًا، وأقام المدعي البينة على واحد من الورثة يثبت دينه في حق الكل، كأنه قام على الميت، وكذلك لو ادعى أحد الورثة دينًا للميت على إنسان، وأقام البينة، فإنه يثبت الدين في حق الجميع، صار(١) أن كل واحد من الورثة يقوم مقام الميت فيما يجب له وعليه، كأنه ليس معه غيره، وإذا قام مقام الميت صار خصومة الوارث الواحد بمنزلة خصومة الميت. ولو كان الميت حيًا وخاصم كان يرد العبد في الرق، فكذلك ههنا.

فأما أحد الشريكين لا يقوم مقام صاحبه فيما يجب له وعليه، فلم يصر نائبًا عن صاحبه في الفسخ، وفسخ الغير عقد الغير لا يصح وهو غائب إذا لم يكن عنه نائبًا في الفسخ.

٦٤١٨- قال: ولا يرده إلى الرق إلا بقضاء القاضي؛ لأن الميت لو كان حيًا، فأراد أن يرده في الرق كان لا يرده في الرق إلا بقضاء القاضي في إحدى الروايتين، فكذلك الوارث، فإن كان المكاتب هو الميت، وترك ولدين: ولدًا في المكاتبة لم يستطع المولى أن يرد واحدًا منهما في الرق، والآخر غائب؛ وذلك لأن المكاتب لما مات وجب عليهما بدل الكتابة معًا، وتعلق عتق كل واحد منهما بأداء جميع بدل الكتابة، فصار بمنزلة عبدين كاتبهما المولى كتابة واحدة، وهناك لا يرد أحدهما في الرق دون الآخر؛ لأن عتق أحدهما لا يتحقق بدون الآخر، فكذلك ههنا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) في ط: «صار على».

حق الملك في كسبه يصير منقولاً إلى المولى، فيصير المولى مكاتباً له من وجه، ويقدر ما للمكاتب الأول يصير مكاتباً له، إلا أن حق المكاتب في كسبه أرجح من حق المولى؛ لأن له حق الملك وحق التصرف، وللمولى حق الملك، وليس له حق التصرف، فإذا أمكن إثباته منهما بأن كان الأول من أهل الولاء حال عتق الثاني كان إثبات الولاء منه أولى لرجحان حقه على حق المولى، وإذا لم يكن الأول من أهل الولاء، بأن كان مكاتباً أثبتناه من مولاه.

٦٤٢١ - وإذا ثبت الولاء للمولى إذا أدى المكاتب الأول، فإن عجز الأول بعد ذلك عتق المكاتب الأول لا يتحول الولاء إلى المكاتب الأول، وإن عجز الأول، ورد في الرق، ولم يرد الثاني مكاتبة بعد، بقي الثاني مكاتباً على حاله؛ لأن كتابة الثاني قد صحت من المكاتب، وكل تصرف صح من المكاتب لا يبطل بعجز المكاتب، ونظيره العبد المأذون إذا أذن لعبده في التجارة، ثم حجر المولى على الأول بقي الثاني مأذوناً، وإذا بقي الثاني مكاتباً يصير مملوكاً للمولى على الحقيقة، حتى لو أعتقه بعد عتقه جاز على الحقيقة، ولو أن الأول لم يعجز ولكن مات قبل الأداء، ولم يرد الثاني مكاتبته أيضاً بعد.

فهذا على وجهين: أما إن مات الأول، وترك أموالاً كثيرة سوى ما تركه على المكاتب الثاني من بدل الكتابة، وبه وفاء ببدل الكتابة، وفي هذا الوجه لا ينفسخ كتابته على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، فيؤدي مكاتبة، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، وما بقي يكون لورثته الأحرار إن كان له ورثة أحرار، وإن لم يكن له ورثة يكون للمولى، ويبقى الثاني مكاتباً على حاله يؤدي مكاتبته إلى وارث المكاتب الأول، ويعتق، وإذا أدى وعتق، كان ولاءه للمكاتب الأعلى حتى يرثه الذكور من ورثته.

الوجه الثاني: إذا مات الأول، ولم يترك مالاً سوى ما تركه على المكاتب الثاني من بدل الكتابة، وأنه لا يخلو إما إن كان مكاتبة الثاني أقل من مكاتبة الأول، وفي هذا الوجه تنفسخ كتابة الأول، ويكون عبداً، ويبقى الثاني مكاتباً للمولى يؤدي إليه مكاتبته، ويعتق. وإن كان مكاتبة الثاني مثل مكاتبة الأول أو أكثر منه، فهذا الوجه لا يخلو إن حلت الكتابة الثانية وقت موت الأول لا ينفسخ كتابة الأول، فيؤدي الثاني إلى المولى قدر مكاتبة الأول، ويحكم بحرية الثاني للحال، وبحرية الأول في آخر جزء من أجزاء حياته، وما بقي من مكاتبة الثاني يكون لورثة المكاتب الأول الأحرار، إن كان له ورثة أحرار، ويكون ولاء الثاني للمكاتب الأول لا لمولى المكاتب الأول.

٦٤٢٢ - وإن لم تحل المكاتبة على الثاني بعد موت المكاتب الأول، وقد مر ما على

الثاني وقت موته إن لم يطلب المولى الفسخ من القاضي حتى حدث، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا مات الأول وقد حل ما على الثاني وقت موته، وإلا طلب من القاضي الفسخ، والقاضي يفسخ كتابة الأول؛ لأن المكاتبة حلت على الأول وماله على الثاني مؤجل، فيصير كما لو حل مكاتبة الأول وماله حينئذ دين على إنسان دين مؤجل، وهناك إذا طلب المولى من القاضي الفسخ يفسخ، كذا هنا.

٦٤٢٣- وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله تعالى في مكاتب كاتب عبدا له، ثم مات الأعلى وفي تركته وفاء، إلا أنه دين على الناس، فلم يخرج الدين حتى أدى الأسفل إلى ابن الأعلى، فإنه يعتق، وولاؤه للمولى، فإن خرج الدين بعد ذلك وقضيت الكتابة، لم يتحول ولاء الأسفل إلى الأعلى، وينظر في الولاء والميراث إلى يوم أدى المكاتبة.

٦٤٢٤- قال: ولو زوج أمة له جاز؛ لأنه اكتساب، فيملكه المكاتب كالكتابة، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز، ذكر القياس والاستحسان في الأصل.

٦٤٢٥- ولو وكل بذلك وكيلا يجوز أيضاً؛ لأنه يملك المكاتب المباشرة بنفسه، فيملك التفويض إلى غيره، وإن زوج عبداً له لا يجوز؛ لأن تزويج العبد ليس بتجارة، ولا اكتساب مال، وإنما هو إتلاف مال من غير عوض يحصل له، فإن رقبة العبد تصير مشغولا بالمهر والنفقة من غير مال يحصل له، ولا يتوقف هذا العقد أيضاً حتى لو أعتق المكاتب وأجاز لا ينفذ؛ لأنه لا مجيز له حال وقوعه.

٦٤٢٦- ولو وكل المكاتب بذلك رجلا لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا يملك المباشرة بنفسه، فلا يملك التفويض إلى غيره. فلو زوجه الوكيل قبل عتق المكاتب لم يجز، ولم يتوقف، وإن زوجه بعد ما عتق المكاتب يتوقف على إجازة المكاتب؛ لأن للعقد مجيزا له حال العقد، فإن قال المكاتب للوكيل بعد ما عتق: أجزت وكالتك، أو رضيت بوكالتك جاز، ويكون هذا توكيلاً، فإنه يثبت بلفظ الإجازة.

٦٤٢٧- وإذا تزوج المكاتب امرأة بنفسه يتوقف على إجازة مولاه، وكذلك لو وكل وكيلا بذلك، فزوجه الوكيل يتوقف على إجازة المولى، فإن عتق المكاتب قبل إجازة المولى نفذ النكاح على المكاتب، فلا يحتاج إلى إجازته.

٦٤٢٨- وإن زوج أمة من عبده، فكذلك لا يجوز، وروي عن أبي يوسف رحمه الله

تعالى في غير رواية الأصول: أنه يجوز. وجه رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن تزويج[1] الأمة من عبده[2] اكتساب مال من غير ضرر يلحقه، فيكون جائزاً [كتزويج][3] الأمة. إنما قلنا: ذلك لأنه اكتساب الولد من غير زيادة ضرر يلحقه، وذلك لأن المهر لا يجب على المولى، ونفقتها كان عليه قبل النكاح، فليس في هذا النكاح زيادة ضرر لم يكن، وفيه اكتساب مال، فيجوز.

ووجه ما ذكر في ظاهر الرواية هو أن المدخل تحت الكتابة تجارة أو اكتساب مال، وتزويج العبد أمته ليس بتجارة، ولا اكتساب مال للحال، إنما يصير اكتساب مال إذا حصل الولد، والولد قد يحصل وقد لا يحصل، فليس فيه اكتساب مال للحال، وفيه نوع ضرر، وذلك لأنه ربما يبيع الأمة، فلا يبطل النكاح، فيجب على العبد نفقتها، وهي أمة الغير.

فإن قيل: يبيعهما جملة حتى لا يلحقه هذا الضرر. قلنا: في بيعهما جملة زيادة ضرر يلحقه.

٦٤٢٩ - وإذا أذن لعبده في التجارة جاز؛ لأنه لو كاتبه جاز. فإن استدان العبد ديناً يلزمه؛ لأن الإذن صح من المكاتب، وما صح من المكاتب، فالمكاتب في ذلك بمنزلة الحر، فإن جاء الغرماء يطلبون العبد بالدين بيع بالدين، إلا أن يؤدي عنه المولى؛ لأن ما صح من المكاتب فالمكاتب فيه بمنزلة الحر.

٦٤٣٠ - فإن أدى المكاتب دينه حتى لا يباع العبد بدينه إن كان ما أدى مثل قيمته، فإنه لا شك أنه يجوز عندهم جميعاً، وذلك لأن العبد بعد لحوق الدين صار مستحقاً للغرماء، فالمولى بالفداء صار كالمشتري منهم، وشرى المكاتب بمثل قيمته جائز بلا خلاف، فكذلك هذا.

٦٤٣١ - وأما إذا كان ما فدى عن العبد أكثر من قيمته إن كانت الزيادة على القيمة زيادة يتغابن الناس في مثلها جاز بلا خلاف كما لو اشترى. فأما إذا كانت الزيادة على قيمة العبد بحيث لا يتغابن الناس في مثلها أشار في الأصل أنه يجوز[4]؛ لأنه لم يفصل بين ما إذا كانت

---

(١) هكذا في ف، وفي بقية النسخ التي عندنا، وفي الأصل: تزويج.

(٢) هكذا في ف وم، وكان في الأصل وغيره: من غير عبده.

(٣) هكذا في ف وم، وكان في الأصل وغيره: كتزويج الأمة.

(٤) وفي ط: أشار في الأصل إلى أنه لا يجوز

الزيادة على القيمة زيادة يتغابن الناس في مثلها، أو لا يتغابن، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر في الكتاب قولهم جميعاً، وذلك لأن العبد صار كالمرهون بدين الغرماء، ولو كان مرهوناً بدين المكاتب، ثم إنه افتك الرهن بضعف الدين [جاز إن كان ما أدى أكثر من قيمته، فكذلك هذا. ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وأما على قولهما: لا يجوز؛ لأنه صار كالمشتري لهذا العبد بقضاء الدين][1].

٦٤٣٢- ولو اشترى بغبن فاحش كانت المسألة على الاختلاف على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكذلك هذا، بخلاف الرهن؛ لأن الزيادة على القيمة كانت واجباً على المكاتب لا يمكنه التخلص[2] عنه إلا بالقضاء، فأما ههنا الدين ليس على المكاتب، إنما الدين على العبد، ويمكنه التخلص[3] عن الزيادة ببيع هذا العبد، فإذا التزم كان بمعنى الشراء بغبن فاحش لا بمعنى افتكاك الرهن.

٦٤٣٣- ولا يجوز هبة المكاتب، وصدقته، وكفالته؛ لأن هذه التصرفات لم تدخل تحت الكتابة؛ لأنها ليست بتجارة، ولا اكتساب مال، بل هي تبرع، وما لم يدخل تحت الكتابة فالحال فيه بعد الكتابة كالحال قبلها.

٦٤٣٤- وشراؤه وبيعه جائز؛ لأنه تجارة، والتجارة داخلة تحت الكتابة، وما دخل تحت الكتابة كان المكاتب في ذلك بمنزلة الحر.

٦٤٣٥- وإن حابا في ذلك محاباة إن كانت يسيرة بحيث يتغابن الناس في مثلها جاز عندهم جميعاً؛ لأن هذا يجوز من المأذون، ففي المكاتب أولى، وإن كانت بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، فكذلك يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: لا يجوز، والجواب فيه كالجواب في المأذون، إذا باع واشترى بغبن فاحش يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: لا يجوز، والمسألة تذكر في باب المأذون[4].

٦٤٣٦- ولو حط عن بعض الثمن بسبب عيب ادعى عليه كان جائزاً؛ لأن الحط بسبب العيب تجارة، ومن كانت تجارة كانت داخلة تحت الكتابة، ألا ترى أن الحط عن بعض الثمن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ... و ... و ...

(٢) وفي ... و ... و ...: التخليص.

(٣) وفي ... و ... و ...: التخليص.

(٤) وفي ...: في كتاب المأذون.

بسبب العيب جائز من المأذون؟ فمن المكاتب أولى. وإن حط عن بعض الثمن من غير عيب لا يجوز، لأنه تبرع، ألا ترى أنه لا يجوز من المأذون؟ فكذا من المكاتب.

٦٤٣٧ - وكل ما أقر به من دين، فهو جائز؛ لأنه [من صنيع التجار][1]، فإن من اشترى شيئا، ولزمه الثمن لا بد له من الإقرار به، ومتى لم يصح إقراره لا يتجر معه الناس، فكان الإقرار من صنيع التجارة [وإن لم يكن له تجارة][2] حقيقة، فيكون داخلا تحت الإذن، ألا ترى أن الإقرار بالدين من المأذون صحيح، فمن المكاتب أولى.

٦٤٣٨ - وإن رهن وارتهن، فهو جائز؛ لأن الرهن إيفاء، والارتهان استيفاء، وذلك داخل تحت الكتابة، ألا ترى أن المأذون يملك هذا؟ فالمكاتب أولى.

٦٤٣٩ - وإن أجر واستأجر، فهو جائز؛ لأن الإجارة تجارة، لأن التجارة مبادلة مال بمال، والمنافع مال، ألا ترى أن الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن المنافع.

٦٤٤٠ - وليس له أن يقرض؛ لأن القرض تبرع، والتبرع غير داخل تحت الكتابة، ولهذا لم يملكه الأب والوصي في مال اليتيم، وإنما جعل تبرعا، إن كان يستوجب بدلا؛ لأن ما أقرض يخرج من ملكه للحال ببدل يجب في ذمة المفلس؛ لأن الاستقراض لا يكون إلا من المفاليس، وما يجب في ذمة المفلس كالتاوي من وجه في الغالب.

٦٤٤١ - وإن استقرض جاز؛ لأنه تبرع عليه، والتبرع على المكاتب جائز، ألا يرى أن استقراض المأذون جائز؟ فلأن يجوز من المكاتب أولى.

٦٤٤٢ - وإذا أعار دابة جاز؛ لأن الإعارة وإن لم تكن تجارة إلا أنه من صنيع التجارة لا بد للتجارة منه، وما لا بد للتجارة منه يكون داخلا تحت الإذن، ألا يرى أن المأذون يملك ذلك؟ فالمكاتب أولى.

وإنما قلنا: لا بد للتجارة منه لأنه إذا باع شيئا في ظرف ربما لا يمكن تسليم ما باع إلا بتسليم الظرف، فيصير معيرا للظرف، وكذلك من اشترى منه شيئا لا بد له من أن يجلس على دكانه، أو على بساطه ويستظل بسحابه، فهذا مما لا بد منه للتجارة.

٦٤٤٣ - وكذلك إذا أهدى هدية بالمطعوم، أو دعى إلى طعامه، فلا بأس به، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأنه تبرع، وللتجارة منه بد في الجملة، ولكن جوزناه لأنه

---

(١) أثبت من ... وفي ... كان ... من صنيع التجارة، وكذا في ... من صنيع التجار.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ط وم وف.

بالآثار، وهو ما روي: "أن رسول الله ﷺ قبل هدية سلمان حال كونه مكاتبًا"[1]، وروي: "أن رسول الله ﷺ قبل هدية بريرة وهي مكاتبة"[2]. وروي: "أن رسول الله ﷺ كان يركب الحمار ويجيب دعوة المملوك"[3][4]، وروي عن أبي سعيد مولى أبي أسيد: "أنه قال: عرست وأنا عبد، فدعوت رهطًا من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام، وفيهم أبو ذر رضي الله تعالى عنه، فلما حضر وقت الصلاة قدموني فصليت بهم"، وتركت القياس بالأثر، والآثار إنما وردت بالمطعوم، فيرد غير المطعوم من الدراهم والثياب إلى ما يقتضيه القياس، والجواب في المأذون على هذا.

٦٤٤٤- وإذا باع بيعًا، فأقال جاز؛ لأن الإقالة تجارة، ألا ترى أنه يجوز من المأذون؟ فمن المكاتب أولى. وله أن يدفع المال مضاربة؛ لأنه من التجارة، ولأنه استئجار من المضارب ببعض الربح، وله الاستئجار، ويأخذ المال مضاربة؛ لأنه [من التجارة][5]، ألا يرى أن المأذون يملك ذلك؟ ولأنه مؤاجر نفسه بما شرط له من الربح، وله أن يؤاجر نفسه، ويبضع، لأنه توكيل للغير بالبيع والشراء، وله ذلك لأنه من التجارة. ويستبضع، وإن كان إعانة للغير؛ لأنه من صنيع التجارة، ولا بد للتجارة منه، فيكون داخلا تحت الإذن، ألا ترى أن المأذون يملك هذه الأشياء؟ فالمكاتب أولى.

٦٤٤٥- وإن أوصى بوصية فلا يخلو إما أن يوصي بعين من أعيان ماله، أو بثلث ماله أضاف الوصية إلى حالة الحرية [أو لم يضف، أدى في حال حياته فعتق، أو مات عن وفاء، فأدى عنه بعد وفاته، فإن أوصى بعين من أعيان ماله، فإن الوصية لا تصح على كل حال أضاف الوصية إلى حال الحرية، أو لم يضف، أدى في حال حياته أو أدى عنه بعد وفاته، وإن أوصى بثلث ماله إن أضاف إلى حالة الحرية][6]، فعتق جاز عندهم جميعًا، وإن أدى عنه بعد

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٠٠٩) من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه في كتاب البيوع.

(٢) أخرجه البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها في كتاب الهبة (٢٣٩٠)، وأخرجه مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها في كتاب العتق (٢٧٦٥).

(٣) وفي ف: دعوة الملوك.

(٤) أخرجه الترمذي عن أنس رضي الله عنه في كتاب الجنائز (٩٣٨)، وأخرجه ابن ماجه عن أنس بن مالك رضي الله عنه في كتاب الزهد (٤١٦٨).

(٥) هكذا في ظا، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: لأنه تجارة.

(٦) أثبت من النسخ التي توجد عندنا.

وفاته، فإنه لا يجوز عندهم جميعاً، وإن أوصى بثلث ماله، ولم يضفه إلى حالة الحرية إن مات عن وفاء، ثم أديت كتابته، فإنه لا يصح عندهم جميعاً. وإن أدى حال حياته على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يصح هذه الوصية، وعلى قولهما تصح هذه الوصية، فقد سوى بين هذه الوصية [بالعتق] [1] وبين الوصية بثلث ماله فيما إذا مات عن وفاء، وأدى كتابته بعد الموت، فقال: لا يصح الوصية عندهم جميعاً؛ لأن العتق في حق الوصية لا يستند [2]، وإذا لم يستند صار في حق الوصية كأنه مات عبداً ووصية العبد لا تصح.

٦٤٤٦- وفرق بين الوصية بالعتق وبين الوصية بثلث ماله فيما إذا أضافه إلى حريته، وأدى في حال حياته، فقال: إذا قال: إن مت وأنا حر، فثلث مالي وصية لفلان، ثم أدى وعتق تصح الوصية؛ لأنه أضاف الوصية إلى حال يجوز منه الوصية، فصحت الإضافة كما إذا قال: إن ملكت عبداً وأنا حر، فهو حر تصح الإضافة؛ لأنه أضاف العتق إلى حالة يصح منه العتق، فتصح الإضافة.

٦٤٤٧- ولو قال: إذا مت وأنا حر، فهذا العين وصية لفلان لا تصح الوصية، والفرق أن الوصية بالعين لو صحت مضافة إلى حالة الحرية أدى إلى أن تصير الوصية مضافة إلى وقت لا تصح إضافة الوصية إليه.

بيانه: أن الوصية بالعين إذا صحت انعقدت على العين كما عتق، ولم يتأخر انعقادها إلى ما بعد الموت كما لو أنشأ الوصية بعد الحرية، وإنما تنعقد للحال إذا خصصت الوصية بالعين، وكان العين ملكاً له وقت الوصية، حتى تبطل الوصية بهلاك المال، وإذا لم تكن العين في ملكه وقت الوصية لا تصح الوصية. فكذلك إذا كانت الوصية مضافة إلى حالة الحرية تنعقد الوصية كما عتق إذا كان العين في ملكه، وإذا انعقدت الوصية كما عتق، ولم يتأخر انعقادها إلى وقت الموت، لم تصح هذه الوصية؛ لأن من شرط صحة الوصية أن تنعقد حالة الوصية، أو حالة الموت.

٦٤٤٨- فأما إذا صارت مضافة إلى وقت هو بين الموت وبين التكلم بالوصية، فإنه لا تصح كما إذا قال: أوصيت بهذا العين غداً، فإنه لا يصح، فأما الوصية بثلث المال متى صحت لا ينعقد كما عتق، بل يتأخر الانعقاد إلى حالة الموت. ألا ترى أنه لو أنشأ الوصية بعد

---

(١) هكذا في ف و م، وكان في الأصل و ظ: بالعين.

(٢) وفي ف و ظ: لا يستند.

المعاوضة، فلو توقف[1] على الإجازة من حيث إنه معاوضة لم يتوقف من حيث إنه تعليق، فتعلق العتق بالأداء، فينزل عند الأداء، وليس للمؤدي أن يرجع على العبد بشيء مما أدى، سواء ذكر المؤدي في الكتابة أنه ضامن أو لم يذكر، إن لم يذكر فلأنه متبرع، وإن ذكر فلأن العبد لم يأمره بذلك.

٦٤٥٢- وهل يرجع المؤدي على المولى بما أدى إليه؟ ذكر في "الجامع الصغير": وفي "الأصل": إن كان المؤدي والمخاطب عبداً لمولى لا يرجع؛ لأنه كسب عبده، فيسلم له على كل حال، وإن كان المؤدي والمخاطب الحر القياس أن يرجع عليه؛ لأنه بدل عتق وقع عن المولى، فكان له أن يرجع عليه كما لو قال للمولى: أعتق عبدك عن نفسك على ألف درهم، وأعطاه إياه، ثم أعتقه كان له أن يرجع عليه، وطريقه ما قلنا.

ولكن في الاستحسان لا يرجع عليه، وذلك لأنا جعلنا الكتابة نافذة في حق ما للعبد. وإن يصح أداء هذا الفضولي حتى يعتق بأداء له لا عليه[2]، فيعتبر الكتابة نافذة في حق أداء الفضولي، وإذا اعتبرناه نافذة في حق أداء الفضولي كان الفضولي قاضياً بدل كتابته، وهي واجبة عليه في حق صحة القضاء من الفضولي، فلا يكون له أن يرجع فيما أدى كما لو كان حاضراً، فقبل، ثم جاء فضولي، وأدى عنه بدل الكتابة، فإن ما أدى يسلم للمولى، فكذلك هذا.

ذكر هذه المسألة في "الجامع الكبير" وقال: إن كان المؤدي أداه بناء على ضمان ضمنه بأن كان شرط المؤدي في الكتابة، أنه ضامن للمكاتبة يرجع؛ لأن ما أدى إلى المولى من مكاتبة العبد أداه على ضمان فاسد؛ لأنه لو ضمن عن بدل الكتابة لم يصح، ولو ضمن عن بدل كتابة واجبة لا يصح، فهنا أولى.

٦٤٥٣- وإذا لم يكن الضمان صحيحاً كان كالبائع في البيع الفاسد، إذا سلم المبيع إلى المشتري كان له أن يرجع عليه، وإذا رجع المؤدي على المولى لا يرجع المولى على العبد بشيء؛ لأنه لا يجب للمولى على العبد دين بسبب الكتابة قبل إجازة العبد، ولم يوجد من العبد الإجازة، فيعتق مجاناً بغير شيء.

٦٤٥٤- وأما إذا أداه من غير ضمان لم يرجع على المولى بشيء؛ لأنه تبرع بأداء المكاتبة

---

(١) وفي "ف" و"م": فليس توقف على الإجازة، مكان فلو توقف على الإجازة.

(٢) وفي "ف": بأداء له، لا عليه.

على العبد قبل الإجازة، وكان ينبغي أن يرجع كما لو تبرع بقضاء دين غيره، ثم ظهر أنه لم يكن له تبرع[1] عليه دين كان للمتبرع أن يرجع بما تبرع به. والجواب أن المتبرع إذا حصل مقصوده من التبرع لا يكون له أن يرجع بما تبرع به [كما لو وهب لذي رحم محرم، أو وهب لأجنبي فعوض، وإذا لم يحصل مقصوده من التبرع كان له أن يرجع بما تبرع به][2].

ففي مسألة قضاء الدين مقصوده تفريغ ذمة من عليه الدين، وهذا المقصود لم يحصل؛ لأن تفريغ الفارغ محال، فكان له أن يرجع. أما في مسألتنا مقصوده تحصيل عتق العبد، وهذا المقصود قد حصل، فلا يكون له أن يرجع.

٦٤٥٥- هذا إذا أدى المؤدي قبل إجازة المكاتب جميع الكتابة، فإن أدى نصف المكاتبة، أو ثلثه قبل إجازة العبد كان له أن يرجع بما أدى، سواء أدى بضمان أو بغير ضمان، أما إذا أدى بضمان، فلما قلنا، وأما إذا أدى بغير ضمان فلأنه تبرع لم يحصل مقصوده، وهو العتق، فكان له حق الرجوع بما أدى، بخلاف ما لو أدى الكل على ما مر، فإن لم يرجع على المولى بما أدى حتى أجاز العبد الكتابة، إن أداه بغير ضمان لا يكون له حق الرجوع بما أدى بخلاف ما قبل الإجازة.

والفرق بينهما: وهو أن العبد لما أجاز فقد استندت الإجازة إلى وقت العقد، فظهر أن بدل الكتابة كان على العبد، فإذا أدى بغير ضمان ظهر أن المؤدي تبرع بقضاء ما على العبد من الدين، ومن تبرع بقضاء دين غيره لا يكون له حق الرجوع لحصول المقصود، وهو تفريغ ذمته عن[3] هذا القدر من الدين؛ بخلاف ما قبل الإجازة.

وإن أداه بضمان كان له حق الرجوع بما أدى؛ لأن بالإجازة وإن تبين أن بدل الكتابة كان واجبًا إلا أن الضمان ببدل الكتابة باطل، فهو إن أدى بناء على ضمان فاسد، فكان له حق الرجوع، وكانت المكاتبة على العبد على حالها؛ لأن بدل المؤدي لما استرد من المولى انتقض قبض المولى، فصار كأن المولى لم يقبض منه شيئًا حتى أجاز العبد الكتابة، ولو كان كذلك كان جميع المكاتبة على العبد على حالها، كذا ههنا.

٦٤٥٦- وإذا كاتب الرجل عبده على نفسه، وعلى عبد آخر له غائب بغير إذن الغائب،

---

(١) وفي ب و م: لم يكن على المتبرع عليه دين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٣) وفي ب: على هذا القدر.

فالكتابة جائزة ، فإن أدى الشاهد عتقا ، وإن حضر الغائب وأدى عتقا أيضاً ، ولم يرجع واحد منهما على صاحبه بما أدى شيئاً ، هكذا ذكر المسألة في الجامعين .

وذكر هذه المسألة في الأصل ، وذكر فيها القياس والاستحسان ، فقال : القياس أن تتوقف الكتابة في حق الغائب بما يخصه ، وتنفذ في حق الحاضر بما يخصه من بدل الكتابة . وفي الاستحسان : تنفذ الكتابة في حق الحاضر بجميع الألف ، ويتعلق عتق الغائب بأدائه كأنه قال للحاضر : كاتبتك على ألف درهم على أنك إن أديت إلي فأنت حر ، وفلان الغائب معك ، فتقول . لا بد لمعرفة هذه المسألة من مسألة أخرى لم تذكر ههنا ، وهي ما إذا كان العبدان حاضرين وكاتبهما المولى على ألف درهم ، فقبلا ، القياس أن يصير كل واحد منهما مكاتباً بحصته ، يعتق إذا أدى حصته ، وبالقياس أخذ زفر رحمه الله تعالى ، وفي الاستحسان : يصير كل واحد منهما مكاتباً بجميع الألف ، ويتعلق عتق الآخر بأدائه ، ويصيران في حق المولى بمنزلة عبد واحد .

وجه القياس في ذلك : وهو أن في الكتابة معاوضة وتعليقاً ، إلا أن التعليق تبع للمعاوضة ، ولهذا بقي قابلاً للفسخ ، وإذا كان تبعاً كانت العبرة للمعاوضة لا للتعليق ، فصارت من حيث التقدير كأنه معاوضة من كل وجه ، وفي المعاوضة المحضة إنما ينعقد العقد على كل واحد منهما بحصته ، لا بجميع الألف ، كمن باع عبداً من رجلين فإنه ينعقد البيع في حق كل واحد منهما ، حتى لم يكن للبائع أن يطالب أحدهما بجميع الألف إذا لم يكن شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه ، فكذلك هذا . ودليله ما لو نص فقال : كاتبتكما بألف درهم على أن يعتق كل واحد منهما بأداء خمسمائة .

وجه الاستحسان في ذلك ، أن الكتابة شيئان : معاوضة ، وتعليق عتق بأداء حصته ، فباعتبار معنى التعليق يمنع الانقسام ، وتعلق عتق[1] كل واحد منهما بأداء حصته [كما لو نص على التعليق فقال : إن أديتما ألفاً ، فأنتما حران ، لا يعتق واحد منهما بأداء حصته][2] ، واعتبار كلا الأمرين في حق المولى والعبدين متعذر ، فيعتبر معنى التعليق في جانب المولى ولا يثبت الانقسام في حقه ، وتعتبر المعاوضة في جانبهما ، ويثبت الانقسام فيما بينهما اعتباراً للمعنيين بقدر الإمكان . وإذا لم يثبت الانقسام في حق المولى اعتباراً لجانب التعليق ، تعلق عتق كل

---

(١) وفي ف : وتعليق عتق .

(٢) أثبت من ف .

واحد منهما بأداء جميع الألف لا بأداء حصته، وصار العبدان حكمًا بمنزلة عبد واحد في حق المولى ما لم يثبت الانقسام في حقه، وفي حق ما بينهما ثبت الانقسام، وصار كل واحد منهما في حق ما بينهما مكاتبًا بحصته.

وإذا لم يثبت الانقسام في هذه المسألة في حق ما بينهما وبين المولى، صار الجواب فيه كالجواب فيما إذا قال: على أنكما إن أديتما عتقتما، وإن عجزتما رددتما في الرق. ولو قال هكذا، تعلق عتق كل واحد منهما بجميع الألف، وصارا كعبد واحد في حق المولى، ولو كان العبد واحدًا لا يعتق شيء منه إلا بأداء جميع الكتابة، فكذلك هاهنا. إلا أنه لم يذكر القياس والاستحسان فيما إذا زاد على مطلق الكتابة قوله: على أنكما إن أديتما عتقتما؛ لأن التعليق هاهنا ثبت نصًا لا بالمعاوضة، فكان بمنزلة ما لو قال: إذا أديتما إلي ألفًا فأنتما حران، وفي نص التعليق لا يعتق واحد(١) منهم إلا بأداء حصته، فكذلك هنا.

وأما إذا لم يذكر هذه الزيادة فالتعليق غير ثابت نصًا، وإنما ثبت في المعاوضة والتعليق حصل حكمًا للمعاوضة، فكان القياس أن لا يعتبر التعليق، ولكن الاستحسان اعتبره منصوصًا؛ لأنه ثبت بسبب موضوع له، فإن الكتابة موضوعة لإيجاب حرية اليد للحال، ولتعليق حرية الرقبة بأداء ما صار عوضًا.

فإذا عرفنا هذا جئنا إلى مسألة الحاضر والغائب:

٦٤٥٧ - إذا كاتب عبده الحاضر والغائب على ألف درهم إلى وقت كذا، ولم يرد على هذا، فقبل الحاضر، فالقياس أن ينفذ على الحاضر بحصته، ويتوقف في حق الغائب على إجازته بحصة نصيبه لما ذكرنا. وفي الاستحسان: [أن تنفذ الكتابة في حق الحاضر بجميع الألف، ويتعلق عتق الغائب بأدائه، كما تنفذ الكتابة في حق الحاضر بجميع الألف](٢). فلما ذكرنا أن الانقسام لم يثبت في حق المولى. وأما تعليق عتق الغائب بأداء الحاضر؛ فلأن الانقسام إذا لم يثبت في حق المولى صار في حق المولى بمنزلة عبد واحد، فعند وجود الأداء من الحاضر ثبت العتق فيهما.

توضيح ما قلنا: إن المولى إنما رضي بالعتق بشرط وصول جميع البدل إليه، فلو

---

(١) وفي النسخ الباقية التي عندي: لا يعتق أحدهما.

(٢) أثبتناه من جميع النسخ التي توجد عندنا.

نفذت الكتابة في حق الحاضر بحصته، عتق الحاضر عند وصول بعض البدل إلى المولى، فيكون عتق الحاضر حاصلا من غير رضى المولى، وذلك لا يجوز، فتعذر تنفيذ الكتابة في حق الحاضر بحصته. فتعين ذلك الطريق أحد الشيئين: إما أن يجعل كأن المولى كاتب الحاضر على ألف درهم، وعلق عتق الغائب به، والمولى ينفرد بهذا التعليق، أو يجعل العقد منعقدا في حق الحاضر والغائب، بقبول الحاضر في حق الحاضر، فيجعل العقد منعقدا فيما ينفعه، لا فيما يضره على ما مر. وضرر الغائب في وجوب المال عليه، فلا يظهر انعقاد العقد في حقه، فلا يكون للمولى أن يطالب الغائب بشيء. وإذا أدى الحاضر [البدل لا يرجع على الغائب، أما لا ضرر للغائب في تعلق عتقه بأداء الحاضر، بل له فيه نفع، فيظهر انعقاد العقد في حق الغائب في حق هذا الحكم، فإذا أدى الحاضر](1) جميع البدل عتق كلاهما، فإن مات الغائب لا يرفع عن الحاضر شيء من بدل الكتابة. ولو أعتق الغائب يسقط عن الحاضر حصته؛ لأن العبدين في حق المولى، ولم يثبت الانقسام في حقه، كعبد واحد من حيث الحكم، ولو كان عبداً واحداً حقيقة وقد كاتبه وأعتق بعضه، سقط ما يخصه من بدل الكتابة، وإذا مات عن وفاء لا يسقط شيء من بدل الكتابة فكذلك هذا.

٦٤٥٨ - هذا إذا مات الغائب، وأما إذا مات الحاضر، وقد قدم الغائب، وقال: لا أؤدي شيئا، فله ذلك ويكون رقيقا، أما له ذلك؛ لما ذكرنا أن الغائب في حق ما يجب عليه بمنزلة المعلوق عتقه، كأن المولى علق عتقه بأداء الحاضر ألف درهم، ولو قال المولى هكذا: فمات الغائب، فإنه لا يطالب الغائب بأداء ألف درهم، فكذلك هنا. وأما أن يكون رقيقا؛ فلأنه إذا لم يجبر الغائب على الأداء، صار الحاضر ميتا عاجزا، فينفسخ الكتابة في حقه، وإذا انفسخ في حقه انفسخ في حق الغائب، كما لو كانا حاضرين وقبلا، فمات أحدهما ثم عجز الآخر.

٦٤٥٩ - وإن حضر الغائب ورضي لا يكون للمولى عليه سبيل، ولا يلزمه المال لما ذكرنا أنه في حق ما عليه بمنزلة المعلوق عتقه.

٦٤٦٠ - وإن أدى الغائب المال يجبر المولى على القبول استحسانا، ويحكم بعتقهما لما ذكرنا أن الكتابة نافذة على الغائب فيما له، وأن يجبر المولى على قبول المال منه حتى يحكم بعتقهما أمر له، فلهذا يجبر على القبول؛ إلا أنه يقبل المال منه حالا، ولا يمكن من السعاية

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

على نجوم الحاضر، ولا يثبت الأجل في حقه وإن كان الأجل له؛ لأن الأجل لتأخير المطالبة، ولا مطالبة على الغائب، فلا يثبت الأجل في حقه.

٦٤٦١- وإن كانا حيين وأراد المولى أن يبيع الغائب، فليس له ذلك استحسانا؛ لما ذكرنا أن الكتابة نافذة على الغائب فيما له، وأن لا يجوز بيع الغائب أمر للغائب، فيظهر نفاذ الكتابة في حق الغائب في حق حرمة بيعه، ولو لم يكن شيء من ذلك وكتب العبد الغائب بكتابة، فأراد المولى أخذها لم يكن له ذلك استحسانا، وكذلك لو أراد الحاضر أخذها لم يكن له ذلك استحسانا؛ لأن على جواب الاستحسان على أحد الوجهين الكتابة نافذة في حق الغائب فيما ينفعه[1]، وأن لا يكون لأحد حق مكاتبة الغائب[2] ينفع في حق الغائب، فتصير الكتابة نافذة في حق الغائب في حق هذا الحكم. ولو قال الغائب: رددت الكتابة ولا أرضى بها، وقد رضي المولى برده لم يلتفت إلى ذلك؛ لأن على أحد الوجهين الغائب نزل منزلة المحبوس بحقه، والمحبوس لا يقبل الرد. وإن وهب المولى المكاتبة للحاضر عتقا؛ لأنه ملك ما في ذمته بالهبة، فيصير كأنه ملك ما في ذمته بأداء مثله، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

ولم يجعل الكتابة في حق الغائب في حق هذا الحكم بمنزلة تعليق عتق الغائب، بل جعلت الكتابة نافذة في حق الغائب في حق هذا الحكم، وهو حصول العتق بهبة بدل الكتابة للحاضر، ويجعل الغائب تبعًا للحاضر فيه. وإن وهب المولى المكاتبة للغائب، فهبته باطلة؛ لأنه لا شيء على الغائب من المكاتبة، فكان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين، وذلك لا يجوز. وتصبب المكاتبة على الحاضر؛ لأنه ما وهب منه. وإن أعتق المولى العبد الحاضر عتق، وبطل حصته من المكاتبة، وأخذ الغائب بحصته من المكاتبة حالة -والله أعلم-.

٦٤٦٢- قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: في أمة كوتبت على نفسها، وعلى ابنين لها صغيرين، فهو جائز، وأيهما أدوا عتقوا، ولم يرجع المؤدي على صاحبه بشيء. وفي «الأصل» يقول: إذا كاتب الرجل عبداً له على نفسه، وولده الصغار بألف درهم مكاتبة واحدة، وجعل النجوم واحدة، إن أداها عتقوا، وإن عجزوا ردوا في الرق، جاز ذلك، وتنفذ الكتابة على الأب بما يخصه، وتقف في حق الصغير إن كان يعقل الكتابة على إجازته؛ لأن لها مجيزًا. وإن كان لا يعقل يبطل؛ لأنه لا مجيز لها، وهذا كله

(١) وفي ف: «فيما ينفع».

(٢) وفي ب: «أن يكون لأحد حق أخذ مكاتب الغائب» إلخ.

قياس. وفي الاستحسان: تنفذ الكتابة على الأب بجميع الألف، ويتعلق عتق الأولاد بأدائه، كأنه قال للأب: كاتبتك على ألف درهم، على أنك إن أديت عتقت، وعتق أولادك معك.

٦٤٦٣ - واعلم بأن الولد الصغير إذا كوتب مع الأب بمنزلة الغائب كوتب مع الحاضر من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود في الكتابة من وجه دون وجه، أما بمنزلة الغائب كوتب مع الحاضر من كل وجه[1]، وذلك لأن في الغائب مع الحاضر العقد أضيف إلى شخصين بألف درهم، وليس للمولى ولا للحاضر ولاية إيجاب المال على الغائب، وهذا المعنى كله وجد في الولد الصغير كوتب مع الأب بألف درهم؛ [لأن العقد أضيف إلى شخصين بألف درهم، وليس للمولى ولا للأب ولاية إيجاب المال على الصغير، ولما وجد في الولد الصغير جميع معاني الغائب مع الحاضر، كان الولد الصغير إذا كوتب مع الأب بألف درهم][2]، وقبل عنه الأب بمنزلة الغائب كوتب مع الحاضر من كل وجه.

وأما بمنزلة الولد المولود في الكتابة من وجه دون وجه، وكان وجه ذلك أن جميع ما في الولد المولود في الكتابة لم يوجد في الولد الصغير الذي كوتب مع الأب من كل وجه، إنما وجد من وجه دون وجه؛ وذلك لأن معنى الولد المولود في الكتابة شيئان: الولادة حالة الكتابة والتبعية للوالد وللوالدة من كل وجه، وفي هذا الصغير الذي كوتب مع الأب لم يوجد الولادة حالة الكتابة، ولكن وجدت التبعية حالة العقد؛ لأن الصغير تابع للأبوين، وإن كانا رقيقين من كل وجه، فإنه يسلم بإسلامهما، وبإسلام أحدهما، وكذلك في حق الحضانة التربية يكون تابعًا لهما، وإن كانا رقيقين، فالتبعية من هذا الوجه ثابتة بين الصغير وبين الوالدين حالة العقد، فقد وجد في الولد الصغير بعض معاني الولد المولود في الكتابة من وجه، ولم يوجد من وجه، فكان بمنزلة المولود من وجه دون وجه، وبمنزلة الغائب من كل وجه.

والأصل في الشبهين العمل بهما ما أمكن، وإذا تعذر العمل بهما يعمل بالراجح منهما، والراجح من الشبهين أن يعتبر الولد بالغائب؛ لأن معنى الغائب في الولد الصغير ثابت من كل وجه، ومعنى الولد المولود في الكتابة ثابت من وجه دون وجه، والعمل بالثابت من كل وجه أولى من العمل بالثابت من وجه دون وجه. وإذا أمكن العمل بالشبهين يعمل بهما ولا يصار إلى الترجيح. فإن أدى الأب من المكاتبة قيمة نفسه أي حصة نفسه من المكاتبة، فإنه لا يعتق لما

---

(١) وفي ظا: من كل وجه دون وجه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظا وم وف.

٦٤٦٧ - وإن كانوا صغارًا لا يقدرون على أن يسعوا، ردوا في الرِّق؛ لأنهم بمنزلة الغائب من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود من وجه، وبأي ذلك اعتبرنا إذا عجزوا عن السعاية يردون في الرق، فإن كانوا يقدرون على السعاية فسعى بعضهم في جميع المكاتبة وأداها إلى المولى لا يرجع على أخويه[1] بشيء، لما بيّنا أنه بمنزلة الغائب من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود من وجه، والغائب إذا أدى لا يرجع على الحاضر، والولد المولود في الكتابة إذا أدى بعد موت الأب لا يرجع على أخيه؛ لأنه لم يؤد على الأخ شيئًا، إنما أدى عن أبيه، ومن قضى دينًا عن إنسان لا يرجع بذلك على غير من قضى عنه، ولا يرجع على الأب أيضًا حتى إذا ظهر للأب مال، فإنه لا يرجع بما أدى في كسب الأب وإن كان مضطرًا في الأداء؛ لأنه لا يعتق ما لم يؤد؛ لأنه بمنزلة الغائب من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود في الكتابة من وجه، وباعتبار الغائب لا يرجع؛ لأن الغائب في حق صاحبه متبرع؛ لأن المال على صاحبه وليس عليه، وفي حق عتق نفسه يؤدي عن نفسه؛ لأن الكتابة في حق ماله نافذة، فيجعل مؤديًا عن نفسه متى اختار الأداء، فلا يكون له أن يرجع على غيره.

٦٤٦٨ - وهذا بخلاف ورثة الحر إذا قضى أحدهم دين أبيه، كان له أن يرجع بذلك في كسب أبيه؛ لأنه أدى من خالص ماله وهو مضطر في الأداء؛ لأنه لا يصل إلى قبض[2] نصيبه من التركة إلا بالأداء. فأما ههنا من وجه بمنزلة الولد المولود في الكتابة، فيكون مؤديًا بهذا الاعتبار من الأب، فيكون له الرجوع كما لو كان مولودًا في الكتابة حقيقة، باعتبار أنه غائب لا يكون له الرجوع، فلا يكون له الرجوع بالشك.

٦٤٦٩ - فإن مات بعضهم لا يرفع شيء من المكاتبة لما ذكرنا أنه بمنزلة الغائب من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود من وجه، وبأي ذلك اعتبرنا لا يسقط بموته شيء من المكاتبة.

٦٤٧٠ - فإن كانوا أحياء، وقد مات الأب، يكون للسيد أن يأخذ أيهم شاء بجميع المكاتب بخلاف الغائب؛ لما ذكرنا أنه بمنزلة الولد العاتب من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود في الكتابة من وجه، وقد أمكننا العمل بالشبهين فنقول: بشبهة الغائب يجبر المولى على القبول متى اختار الأداء كما في الغائب، ويتبيه[3] بالولد المولود في الكتابة للسيد أن يطالبه ببدل الكتابة، عملاً بالشبهين - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

(١) وفي ظ: على إخوانه.

(٢) وفي ف: إلى بعض نصيبه

(٣) وفي ظ: وبشبهه.

الفصل السابع
في ملك المكاتب ولده أو بعض ذي رحم محرم أو امرأته
وفي المكاتب يموت عن وفاء وفي أولاد المكاتب

٦٤٧١ – قال محمد رحمه الله تعالى: المكاتب إذا اشترى ابنه صح شراؤه، ويصير الابن مكاتبًا بمثل حاله، سواء اشتراه بإذن المولى أو بغير إذنه، وهذا مذهبنا. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يصح شراؤه، ولا يصير مكاتبًا، وكذلك على هذا إذا اشترى والده أو والدته. وأما إذا اشترى أخاه أو أخته أو عمه، أو ذا رحم محرم منه سوى الوالدين والمولودين، فالقياس أن يصيروا بمثل حاله مكاتبين حتى لا يكون له بيعهم، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. وفي الاستحسان: أن لا يصيروا بمثل حاله، حتى كان له بيعهم كما لو اشترى ابن عمه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وجه القياس في ذلك: هو أنه ملك ذا رحم محرم منه، فيصير بمثل حاله كالابن والأب، وقياسا على ما لو كان المشتري لهؤلاء حرًا، فإنهم يصيرون بمثل حاله أحرارًا، فكذلك في المكاتب. وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى ذهب في ذلك إلى أن علة صيرورة المملوك[1] بمثل حالة المالك شيئان: القرابة المحرمة للنكاح، وحقيقة الملك على ما قال النبي ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[2]، وفي رواية: «فهو حر»[3]، فقد جعل العلة شيئين: القرابة المحرمة للنكاح، وحقيقة الملك، وهذه العلة قد وجدت في حق الحر، سواء ملك أخاه أو أباه أو ابنه؛ لأن الحر[4] له ملك حقيقة وقد وجدت القرابة المحرمة للنكاح. وإذا ثبت علة العتق من الحر في حق هؤلاء، يثبت العتق في حقهم.

٦٤٧٢ – فأما في المكاتب وجد علة العتق فيما إذا كان المشتري ولدًا أو والدًا؛ لأنه وجد قرابة محرمة للنكاح، ووجد حقيقة الملك من حيث الحكم، والاعتبار إن لم يوجد من حيث

---

(١) وفي "م": أن علة صيرورة المملوك، وفي "ف": أن علته صيرورة المملوك.

(٢) أخرجه النسائي في "السنن الكبرى" ٣: ١٧٣ (٤٨٦٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) رواه أبو داود في العتق، باب ٧ حديث (٣٩٤٩)، والترمذي في الأحكام: باب ٢٨، وابن ماجه في العتق: باب ٥ حديث (٢٥٢٤).

(٤) هكذا في "ف" و"ظ"، وكذا في الأصل، لأن الحرمة.

الحقيقة ؛ لأنه انضم إلى حق الملك الولاء ، وللولاء زيادة أثر في إيجاب الصلة ، فيصير ذلك بمجرد القرابة المحرمة للنكاح ، حتى إن الأب يستحق النفقة وإن كان كسوبا . ويستوي النفقة الوالدين أم الخمس ، فانضم إلى حق الملك ما له أثر في إيجاب زيادة الصلة . فالتحق الحق بالحقيقة ، ومن حكم حقيقة الملك أن يصير المملوك بمنزلته إذا كان ذا رحم محرم منه ، فكذا هنا .

٦٤٧٣ - فإذا كانت أختا ، فالقرابة المحرمة للنكاح وإن وجدت ، لم يوجد حقيقة الملك ، لا حقيقة ولا اعتبارا ، أما حقيقة فلا شك فيه ، وأما اعتبارا ؛ لأنه لم ينضم إلى حقيقة الملك ما له زيادة أثر في إيجاب الصلات وهو الولاد ؛ حتى يلتحق الحق بالحقيقة ، فيبقى مجرد الحق لا غير مع القرابة المحرمة للنكاح . فالعلة بصيرورة حال المملوك مثل حال المكاتب لم يوجد ، فلم يثبت الحكم لنقصان العلة .

٦٤٧٤ - قال : وإذا اشترى المكاتب امرأته ، فإن لم تكن ولدت منه كان له بيعها ؛ لأن الحر إذا اشترى امرأته ، ولم تكن ولدت كان له بيعها ، فكون ذلك للمكاتب أولى . فأما إذا ولدت منه ، إن ملكها مع الولد أجمعوا على أنه يمنع من بيعها . فأما إذا ملكها وحدها اختلفوا فيه ، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يمنع من بيعها ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : يمنع من بيعها .

٦٤٧٥ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : مكاتب اشترى امرأته ، فدخل بها ، فولدت ولدا بعد الشراء ثم مات المكاتب عن غير وفاء ، فالولد يسعى فيما على أبيه من بدل الكتابة ، ويسعى في مهر أمه أيضا ؛ لأنه دين على الأب ، والولد المولود في الكتابة يسعى في ديون الأب على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .

٦٤٧٦ - قال محمد رحمه الله تعالى : وإذا مات المكاتب عن وفاء ، فعلى قول علمائنا رحمهم الله تعالى : يؤدي مكاتبته ، ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته ، ويعتق معه أولاده ، ويرثه ورثته الأحرار ، وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى : تنفسخ الكتابة ، وما تركه يأخذه المولى كله ؛ لأنه كسب عبده ، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ، والمسألة معروفة .

٦٤٧٧ - وإذا اشترى المكاتب أمه ، حتى يكاتب [عتقه] كما ذكرنا ، ثم مات المكاتب وترك وفاء يؤدي منه بدل الكتابة ، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ، ويرثه ابنه ؛ لأنه كما

يحكم بحرية المكاتب][1] في آخر جزء من أجزاء حياته ، يحكم بحرية ولده في ذلك الوقت أيضاً ؛ لأن ولد المكاتب يعتق بعتق المكاتب . ألا ترى أن المكاتب لو أدى بدل الكتابة في حياته وحكم بعتقه ، عتق الولد أيضاً ، كذا ههنا ، وإذا عتق الولد في آخر جزء من أجزاء حياته ، تبين أن هذا الحر مات عن ابن حر فورثه .

٦٤٧٨ - هذا الذي ذكرنا كله إذا مات المكاتب وترك وفاء ، فأما إذا مات وترك ولداً مولوداً في الكتابة ، فإنه يسعى على نجوم أبيه ، وهذا عند علمائنا رحمهم الله تعالى . فأما إذا مات وترك ولداً مشترى ، أو أباً ، أو أماً ، فكذلك الجواب على قولهما : يسعى كل واحد منهم فيما عليه على نجومه ولداً كان أو والداً ، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن كان والداً لا يقبل منه بدل الكتابة ولكن يباع كسائر أكسابه ، وإن كان ولداً فإنه يقال له : إما أن تؤدي بدل الكتابة الحال ، أو ترد في الرق استحساناً ، ولا يمكن من السعاية على نجومه .

أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ذهبا في ذلك إلى أن الولد المشتري والأب تساويا الولد المولود حال حياة المكاتب ، حتى حرم بيعهما حال حياة المكاتب كما حرم بيع الولد المولود في الكتابة ، فكذلك بعد موت المكاتب وجب أن يتساويا بالولد المولود في الكتابة ، والولد المولود في الكتابة يسعى على نجوم الأب ، فكذلك الولد المشترى والولد والوالدة .

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : إن الكتابة في هؤلاء إنما تثبت بسبب التبعية للمكاتب الأصلي[2] ، لا مقصوداً ؛ لأنه لم يوجد فيهم كتابة مقصودة فثبت فيهم حكم الكتابة بقدر التبعية ؛ لأن الحكم أبداً يثبت بقدر ثبوت السبب ، والتبعية للولد المولود أكثر من التبعية للولد المشتري [والولد المشتري أكثر من الأب المشتري ، فثبت حكم الكتابة للولد المولود أكثر مما يثبت للولد المشتري ، ويثبت للولد المشتري][3] أكثر مما يثبت للأب والأم .

وإنما قلنا : إن التبعية للولد المولود في الكتابة أكثر ؛ وذلك لأن التبعية للولد المولود في الكتابة ثابتة بالملك ، وبالبعضية الثابتة حقيقة وقت ثبوت العقد ، ووقت ثبوت حكم الكتابة ؛ أما بالملك : فلأن الولد المولود في الكتابة كالمملوك للأم ، حتى كان لها اكتساب الولد كما لو كان مشترى ، والمملوك تابع للمالك حتى يصير مسافراً بسفره ومقيماً بإقامته ، وثبوت الكتابة

---

(1) أثبت من ط و ف و م .

(2) وفي ف : للمكاتب الأصل .

(3) أثبت من ف و ط .

بالبعضية الثابتة بينهما حقيقة وحكمًا، فإن الولد منفصل من الأم، والأم مكاتبة، وتبعية الولد المشتري دون تبعية الولد المولود؛ لأن تبعية الولد المشتري ثابتة بالملك، وبالبعضية الثابتة بينهما من حيث الحكم والاعتبار لا من حيث الحقيقة؛ لأنه بعد الانفصال، لا بعضية بينهما من حيث الحقيقة، وإنما بقيت حكمًا تبعًا بسبب حرمة المناكحة، فإنها حكم البعضية والتبعية في المشتري ثبت بالملك، وبالبعضية الثابتة من حيث [الحكم والاعتبار، لا من حيث][1] الحقيقة، فكانت تبعية المشتري دون تبعية الولد المولود في الكتابة، وتبعية الأب والأم دون تبعية الولد المشتري؛ لأن الأب والأم صارا تابعين لهما بسبب الملك لا بسبب البعضية، فإن الأب ليس ببعض من الابن، وكذلك الأم فدلّ على أن تبعية الأب والأم للمكاتب الأصلي دون تبعية الولد المشتري، وتبعية الولد المشتري دون تبعية الولد المولود في الكتابة.

٦٤٧٩- ولما كانت تبعية الولد المولود أكثر، وحكم الكتابة ثابت بسبب التبعية، يثبت فيه جميع أحكام كتابة الأصل، فقلنا: يحرم بيعه حال حياته، وقبول بدل الكتابة منه على نجوم الأم. ولما كان ولد المشتري دون التبعية ولكن فوق الأب، قلنا: يحرم بيعه حال حياة المكاتب، وقبل منه بدل الكتابة بعد موته حالًا، ولم يمكن من السعاية على نجوم الأم حتى يظهر نقصان حاله عن حال المولود في التبعية؛ ولما كان الأب دون الولد المشتري [في التبعية، قلنا: يحرم بيعه حال حياته، ولم يقبل منه بدل الكتابة بعد موته لا حالًا ولا مؤجلًا؛ ليظهر نقصان رتبته في التبعية عن الولد المشتري][2]، وعن الولد المولود في الكتابة، وقد ذكرنا أن الولد في حال الكتابة يدخل في كتابة الوالد تبعًا، والأم تدخل في كتابة الولد تبعًا له.

٦٤٨٠- فإذا مات المكاتب عن وفاء وأديت مكاتبته، وحكم بحرية المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته، يحكم بحرية الولد والوالدة في ذلك الوقت أيضًا. وإذا مات لا عن وفاء وسعى الولد والأم في بدل الكتابة على نجوم المكاتب[3] يحكم بحرية الولد والأم، ويحكم بحرية المكاتب مقصورًا على الحال.

فالحاصل أن في الوفاء يستند العتق إلى آخر جزء من أجزاء حياة المكاتب، وفي سعاية الولد مع الأم وأدائهما لا يستند العتق إلى آخر جزء من أجزاء حياته، بل يقتصر على وقت

---

(١) أثبت من ص و ظ و م.

(٢) أثبت من ص و ظ و م.

(٣) وفي ظ: على نجوم الكتابة

الأداء.

وإنما جاء الفرق باعتبار أنه إذا مات عن وفاء، فقد مات لا عن خلف؛ لأن المال لا يصلح خلفًا عنه، والولد لا يصلح خلفًا حال بقاء المال، ولهذا لا يبقى السعي بل تنفسخ الكتابة، فلا يعطى للميت حكم الحياة وقت الأداء، فمست الضرورة إلى الاستناد. وأما إذا مات لا عن وفاء، فقد مات عن خلف؛ لأن الولد يصلح خلفًا عنه حال انعدام المال، ولهذا بقي البدل منجمًا، فأعطي للميت حكم الحياة إلى حين الأداء، فعتق للحال تبعًا للحي.

٦٤٨١- ولو أعتق المولى ولدها المولود في الكتابة أو المشترى، فإنه ينفذ عتقه استحسانًا، والقياس أن لا ينفذ.

وجه القياس في ذلك: أن ولدها بمنزلة عبد من كسبها، بدليل أن لها استكساب ولدها كما أن لها استكساب عبد من أكسابها، فوجب أن لا ينفذ عتقه في ولدها كيلا يبطل عليها حق الاستكساب، كما لا ينفذ عتقه في عبد هو من كسبها.

وجه الاستحسان: أن ولدها مملوك للمولى رقبة من كل وجه؛ لأنه أخص بعض منها، ورقبتها مملوك للمولى من كل وجه، حتى ينفذ عتقه في الأم، فكذا في ولدها، وولدها مملوك للمولى رقبة من كل وجه، إلا أن لها الانتفاع بالولد من حيث الاكتساب، وقيام حق الغير في المنفعة لا يمنع نفاذ عتق المالك، كما في المستأجر، وهذا بخلاف عبد آخر من كسبها؛ وذلك لأن كسبها غير مملوك للمولى رقبة من كل وجه، إنما له حق ملك كما للمكاتب، وحق الملك لا يكفي لنفاذ العتق كما للمكاتب، فيمتنع العتق في كسبها من المولى؛ لعدم الملك في رقبته حقيقة، لا من حيث إن لها الملك في منفعة عبد الكسب، فأما فيها للمولى حقيقة ملك في رقبة الولد، ولهذا صار مكاتبًا بعقده، فأشبه الأم من هذا الوجه.

ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في مكاتب ورجل أجنبي اشتركا في شراء ابن المكاتب، قال: في قولهما المكاتب يسعى في نصف قيمته، وأما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: نصفه لشريك المكاتب، والنصف الآخر في مال أبيه على حاله، ولا يعتق واحد منهما، وإنما هو بمنزلة عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه بإذن صاحبه، فلا يعتق واحد منهما، ولكن ما اكتسب من مال يكون بينهما.

٦٤٨٣- وفي نوادر بشر(١): عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: مكاتب ولدت له أولاد من

(١) [illegible] «مكان» [illegible]

أمه ، ثم مات عن وفاء فلم يؤد مكاتبته ، حتى مات بعض أولاده من الأمة وترك ميراثاً ، فإنه يؤدي ما على المكاتب من تركته ، ويكون ما بقي ميراثاً ، ولا يرث الابن الميت بعده منه شيئاً ، وما تركه الابن الميت فهو ميراث لأمه وأخويه ، وكذلك لو كان الولد معه في عقد الكتابة ، ثم مات بعد أبيه ، ثم أدت المكاتبة ، لم يرث أمه .

٦٤٨٣ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : مكاتب مات وترك ابناً ولد له في الكتابة ، وترك ألفي درهم ديناً له على رجل ، وبدل الكتابة ألف درهم ، فاكتسب الابن ألف درهم ، وأداها في مكاتبة أبيه ، ثم خرج دين الأب ، وله ابن آخر ، فإن الألفين ميراث بينهما نصفين ، ولا يرجع الابن الذي أدى المكاتبة في الألفين بما أدى ؛ لأن المكاتبة عليه يؤخذ بها كما كان يؤخذ الأب به ، وكذلك إن أداها من كسبه بعد خروج الألفين ، وإن لم يؤد الابن ذلك من كسبه ، كان له أن يؤدي من مال الأب ، وما اكتسبه بعد موت أبيه يكون له .

٦٤٨٤ - وكذلك لو كان المكاتب ترك ألفي درهم وضيعة ، وبدل الكتابة ألف درهم عليه ، فأداها ابنه من مال اكتسبه بعد موت الأب ، كانت الوضيعة بينه وبين الأخ ميراثاً .

٦٤٨٥ - وفي المنتقى : مكاتب مات وترك ديناً على الناس ، وله ابن مولود في حالة الكتابة يسعى في كتابته ، وله ابنان حران أيضاً ، ثم مات أحد الابنين الحرين ، ثم خرج دين المكاتب على الناس ، فأدى من ذلك مكاتبته ، فالفاضل يعتبر[1] ميراثاً بين الابن الحر وبين الولد المولود في [حالة][2] الكتابة ، ويرث الابن الحر من أخيه الذي مات بعد موت الأب ، والابن المولود في حالة الكتابة لا يرث من أخيه الذي مات بعد موت الأب .

٦٤٨٦ - وفي الأصل : إذا مات المكاتب عن وفاء وعليه ديون لأجنبي ولمولاه ، سوى بدل الكتابة ، وله وصايا من تدبير وغير ذلك ، يبدأ من تركته بدين الأجنبي [لأن دين الأجنبي][3] أقوى حتى يبقى عليه بعد العجز ، ثم بدين المولى ، ثم ببدل الكتابة ، فإن بقي بعد ذلك شيء يقسم بين ورثته ، وبطلت وصاياه ، وقد ذكرنا مسألة الوصية من قبل ، فإن لم يف الباقي بعد قضاء دين الأجنبي بدين المولى وبدل الكتابة ، يبدأ ببدل الكتابة ، ولا يبدأ بالدين

(١) وفي ب : بعشر .

(٢) أثبت من ب .

(٣) أثبت من جميع النسخ التي توجد عندنا .

لوجهين: أحدهما: أنّ في البداية بالدين ابتداء إبطاله انتهاء؛ لأنه إذا ابتدئ [بدين][1] بالدين، والباقي لا يفي ببدل الكتابة تموت عبداً أو يبطل دين المولى، إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وليس في البداية ببدل الكتابة ابتداء إبطالاً لها انتهاء، فكانت البداية ببدل الكتابة أولى. والثاني: أنه إذا قبض بجهة الدين لا يصل العبد إلى شرف الحرية، وإذا قبض بجهة الكتابة يصل إلى شرف الحرية. وكان هذا الوجه أولى.

٦٤٨٧ - وإن لم يترك مالاً إلا ديناً على إنسان، فاستسعى الولد المولود في الكتابة، فعجز وقد أيس من الدين أن يخرج، فإن الولد يرد في الرق؛ لأن الدين ما لم يخرج كالتاوي، فلا يثبت باعتباره القدرة على الأداء، وبدونه قد تحقق العجز، فإذا خرج الدين بعد ذلك فذلك للمولى؛ لأنه كسب عبده.

٦٤٨٨ - وإذا مات المكاتب عن وفاء، وترك[2] ولداً ولد في كتابته، فأديت مكاتبته، ورث الولد منه، وكذلك إذا ماتت عن وفاء وتركت ولداً، كوتب معها كتابة واحدة وأديت مكاتبته، ورث الولد منه. وإذا كان الولد مفرداً بكتابته، وأدى مكاتبته بعد موت الأب قبل أداء مكاتبة الأب أو بعده، لا يرثه؛ لأن عتق هذا الولد يقتصر على وقت أدائه، فكان عبداً وقت موت الأب فلا يرثه.

٦٤٨٩ - وإذا مات الرجل عن مكاتبة، وله ورثة ذكور وإناث، ثم مات المكاتب عن وفاء، فإنه يؤدي من ذلك مكاتبته، فيكون ذلك بين جميع ورثة المولى، وما فضل منها، فهو للذكور من ورثة المولى دون الإناث، إن لم يكن للمكاتب وارث سوى ورثة المولى؛ لأن الفاضل تركة المكاتب، وقد صار المولى معتقاً له، فتكون تركته لورثة المولى بحكم الولاء، والولاء يختص بالعصبات، فكذلك لو لم تمت المكاتبة حتى أدى إليهم المكاتبة، أو أعتقوا فميراثه للذكور من ورثة المولى

(١) هكذا في ف.

(٢) وفي ب: عن وفاء، فإن ترك

الفصل الثامن
في دعوة المولى ولد أمة المكاتبة وفي دعوة ولد مكاتبة المكاتب

٦٤٩٠- قال محمد رحمه الله تعالى في الزيادات: مكاتب اشترى أمة فحبلت في ملكه وولدت، فادعى المولى ولدها، لا يصح دعوته إلا بتصديق المكاتب. وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يصح دعوته من غير تصديق المكاتب، وقاسه على دعوة الأب ولد جارية ابنه، فإنه يصح دعوته من غير تصديق الابن.

ووجهه: أن للمولى في أكساب مكاتبه حق الملك، وهذا الحق أقوى من حق الأب في مال الابن، حتى إن المولى لو تزوج بجارية من أكساب المكاتب لا يجوز، والأب إذا تزوج بجارية ابنه يجوز، ثم الأب إذا ادعى ولد جارية ابنه تصح دعوته من غير تصديق الابن، فلأن يصح دعوة المولى من غير تصديق المكاتب أولى.

وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين دعوة الأب وبين دعوة[١] المولى: أن صحة دعوة الأب ما كانت باعتبار حق الملك، فإنه ليس للأب في مال الابن حق الملك عندنا، ولهذا لو تزوج بجارية ابنه أنه يجوز، وإنما كان باعتبار أن للأب ولاية تملك مال الابن عند الحاجة، وقد مست الحاجة هنا إلى التملك صيانة لمائه، ونسب ولده، فمقتضى الاستيلاد سابقا عليه شرطا لصحته، فتبين أنه استولد ملك نفسه، فلا يتوقف صحة دعوته على تصديق الابن. أما المولى فليس له تملك شيء من أكساب[٢] المكاتب للحاجة، لتصير الجارية ملكًا له، بمقتضى الاستيلاد، ليتبين أنه استولد ملك نفسه، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذ شيئا من أكسابه لحاجة الأكل والكسوة لا يقدر عليه، فبقيت الجارية مملوكة للمكاتب كما كانت، فلو صحت دعوته إنما صحت باعتبار ماله فيها[٣] من حق الملك، ولا وجه إليه أيضا؛ لأن حقه لا يظهر في مقابلة حق المكاتب؛ لأن حق المكاتب راجح؛ لأن له حق الملك وحق التصرف، وللمولى حق الملك لا غير، فلا يظهر حقه إلا بتصديق المكاتب.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ف و م و ب.

(٢) في ظ: كساب.

(٣) في ب و م: فيه.

٦٤٩١ - ويفرّق بين هذه المسألة وبين البائع إذا ادّعى ولد الجارية المبيعة، وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ البيع؛ فإن دعوته تصح من غير تصديق أحد. والفرق أن دعوة البائع إنما صحت لحصول العلوق في ملكه، حتى لو توهّم أن العلوق لم يكن في ملكه، بأن جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت البيع لا تصح دعوته، وعلى هذا التقدير يظهر أنها أم ولد له، وأنه باع أم الولد فلم يصح بيعه، فبقيت على ملكه، فكان مدّعياً ولد جاريته، فلم يحتج إلى تصديق أحدهما.

أما ههنا العلوق لم يكن في ملك المولى، لا تصح دعوته بناء على ذلك؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا اشترى المكاتب أمة وجاءت في ملكه، حتى لو كان العلوق في ملك المولى بأن كانت الجارية من كسب العبد قبل الكتابة، فكاتبه المولى على رقبته وكسبه فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة، فادّعاه المولى، صحت دعوته من غير تصديق أحد. فثبت أنه لا يمكن تصحيح دعوته بناء على كون العلوق في ملكه، لو صحت دعوته إنما تصح باعتبار ما له فيه من حق الملك، لكن حقه لا يظهر بدون تصديق المكاتب على ما مرّ شرط[١] تصديقه لهذا، فإذا صدقه المكاتب ثبت النسب منه؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما، فإذا تصادقا على إثبات النسب منه، ثبت ما تصادقا عليه فيما بينهما بهذا الطريق.

قلنا: إذا ادّعى نسب هذا الولد أجنبي، وصدّق المكاتب الأجنبي على ذلك، يثبت النسب من الأجنبي، ولأنه لما صدّق المولى في ذلك فقد ثبت الوطء [من المولى][٢] بتصادقهما، وبعدما ثبت الوطء بتصادقهما تصح الدعوة من المولى، ويثبت النسب منه؛ لأنه صار مغروراً لما نبين بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

٦٤٩٢ - وولد المغرور ثابت النسب منه، وعلى هذا قال بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى: إذا كان الوطء ظاهراً من المولى جازت دعوته، صدقه المكاتب في ذلك أو كذبه، وكان الولد حراً بالقيمة، يغرم المولى قيمة الولد للمكاتب، ويغرم عقرها للمكاتب أيضاً.

٦٤٩٣ - ويفرّق بينه وبين الأب إذا ادّعى نسب ولد جارية ابنه، فإنه لا يغرم قيمة الولد، ولا يغرم إلا في رواية رواها ابن سماعة: أن آخر ما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الأب يضمن قيمة الولد، ويضمن العقر كما في المكاتب لمعنى جامع وهو الغرور،

---

(١) في ب: شرط: مشروط.

(٢) ليست في ب.

٦٤٩٤ - قال: ويعتبر قيمة الولد يوم الولادة. فرّق بينه وبين الولد المغرور، فإن في الولد المغرور يعتبر القيمة يوم الخصومة.

والفرق وهو أن في مسألتنا لما صدّق المكاتب المولى في دعوة الاستيلاد، تبين أن الحرية ثبتت من وقت العلوق؛ لأن للمولى حق الملك في اكتساب المكاتب، يظهر ذلك عند تصديق المكاتب، وحق الملك كحقيقة الملك في دعوة الاستيلاد، فصار المولى متلفاً الولد على المكاتب من وقت العلوق، ولكن لا يمكن اعتبار قيمته قبل الولادة [إذ لا قيمة للولد قبل الولادة](١)، فيعتبر قيمته في أول أوقات الإمكان، وذلك وقت الولادة؛ لأنه وقت يظهر له قيمة. فأما المستحق لم يصدق المشتري في الدعوة، فالولد علق رقيقاً في حق المستحق، إلا أن الشرع أثبت للمشتري ولاية البيع بالقيمة، فكان البيع وقت تقرّر المنع، ووقت المنع وقت الخصومة، فاعتبرنا(٢) قيمته وقت الخصومة.

ويفرّق بين مسألتنا هذه وبين مسألة المغرور من وجه آخر، فإن هناك لو علم المشتري بحال البائع أنه غاصب لا يثبت الغرور؛ لزوال سبب الغرور وهو نفاذ الشراء بزعمه. وههنا لو علم المولى بحال الجارية أنها لا تحل له، يثبت الغرور أيضاً لبقاء سبب الغرور وهو قيام الملك للمولى في رقبة المكاتب.

٦٤٩٥ - هذا الذي ذكرنا إذا جاءت الأمة بالولد لستة أشهر منذ اشتراها المكاتب حتى كان العلوق في ملك المكاتب. وأما إذا جاءت الأمة بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها المكاتب، حتى لم يكن العلوق في ملك المكاتب، فادّعاه المولى، لا تصح دعوته ولا يثبت نسبه بدون تصديق المكاتب، وإذا صدقه المكاتب حتى يثبت النسب كان عبداً على حاله.

٦٤٩٦ - وكذلك إذا اشترى المكاتب غلاماً من السوق، وادّعى المولى نسب هذا الغلام لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب، وإذا صدقه وثبت النسب كان عبداً للمكاتب على حاله.

والفرق بين هذا وبين الوجه الأول وهو ما إذا كان العلوق في ملك المكاتب، والفرق وهو أن حرية الولد ثمة إذا كان العلوق في ملك المكاتب ما كان لأجل ثبوت النسب من المولى؛ لأن العتق بالقرابة كالعتق بالإعتاق. ولو أعتق المولى عبداً من أكساب مكاتبه؛ لا يعتق فكذا

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م ويوسف.

(٢) في جميع النسخ الخطية التي عندنا: فاعتبرت.

لا يعتق بالقرابة بهذا الطريق.

قلت: المكاتب إنما اشترى من مولاه وهو معروف النسب من أبيه لا يعتق، ولكن حرية الولد باعتبار الغرور، وبناؤه على الاستيلاد على سبب الحق في الجارية وحق ملك الرقبة في المكاتب، وولد المغرور حر بالقيمة. أما إذا لم يكن المعتوق في ملك المكاتب، فالمولى لا يصير مغروراً؛ لأنه ما بنى الاستيلاد على سبب الحق في الجارية، فلهذا لم يعتق الولد.

١٤٩٧ – قال محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات» أيضاً: رجل اشترى عبده وكاتبه، ثم إن المكاتب كاتب أمة له، ثم ولدت المكاتبة ولداً فادعاه مولى المكاتب، فالمسألة على وجوه: إما إن كان صدّقاه في ذلك - يعني المكاتب والمكاتبة - أو كذّباه في ذلك، أو صدّقه أحدهما وكذّبه الآخر. وإما إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت أو لأكثر، فإن صدّقاه في ذلك أو صدّقته المكاتبة يثبت النسب منه، وإن كذّباه في ذلك، أو كذّبته المكاتبة لا يثبت النسب، فالعبرة في هذا الباب لتصديق المكاتبة لا لتصديق المكاتب، بخلاف الفصل الأول، فإن العبرة هناك لتصديق المكاتب دون أمة المكاتب.

والفرق أن ولد المكاتبة من كسبها [و] قد صارت هي أخص بنفسها وكسبها [1]، وصار المكاتب كالأجنبي عنها، فصارت العبرة لتصديقها. فأما أمة المكاتب ما صارت أخص بنفسها ومكاسبها [3]، بل المولى أخص بها، فكان العبرة لتصديق المولى بها، فإذا صدّقته في ذلك ثبت النسب؛ لأن مولى المكاتب لا يكون أدنى حالاً من الأجنبي، ولو ادعى أجنبي نسب هذا الولد وصدّقته المكاتبة، يثبت منه، فههنا أولى؛ لأن المكاتبة قادرة على اكتساب سبب يُثبت به النسب بأن تزوج نفسها منه، فيُثبت به النسب. وإذا قال: النكاح فاسد، فيمكن تصديقها إياه اكتساب سبب يثبت به النسب، وهي قادرة على ذلك، فيثبت به النسب، ويجب العقر لها إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت كتابتها [4]، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، فالعقر للمكاتب؛ لحصول العلوق في ملكه، ثم هذا الولد يكون مكاتباً مع أمه ولا يكون حراً بخلاف ولد أمة المكاتب.

(١) أثبت من ب و م.

(٢) أثبت من ب.

(٣) في ب: مكاسبها أكثر مكاسبها.

(٤) وفي ب: من وقت كتابتها.

والفرق أن حرية ولد أمة المكاتب إنما كانت لأجل الغرور، ولا غرور ههنا؛ وهذا لأن رقبة المكاتب وإن كانت مملوكة للمولى في الفصلين، إلا أن ملك الرقبة إنما يكون سببًا لملك الكسب إذا كان الكسب محلا للملك، والأمة محل للملك، فإذا صح السبب في محله، وامتنع الحكم لمانع ثبت الغرور. فأما المكاتبة فليس بمحل للملك، فبطل السبب ههنا؛ لوقوعه في غير محله فلا يثبت الغرور [ولو ثبت الغرور][١] ههنا، إلا أنه لا يمكن القول بحرية الولد ههنا، بخلاف ولد أمة المكاتب.

بيانه: وهو أن حرية ولد المغرور ثبت بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وتعذر إيجاب القيمة ههنا؛ لأنها لو وجبت إما أن يجب للمكاتب أو المكاتبة، ولا وجه إلى الأول؛ لأن المكاتب صار كالأجنبي عن اكتساب مكاتبه، وولدها من كسبها، ألا ترى أنه لو قتل هذا الولد، فالقاتل يغرم القيمة للمكاتبة لا للمكاتب. ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه لو وجبت القيمة لها وجبت لأجل العتق، فيجب لها ضمان العتق في أولادها، والمكاتب لا يجب له ضمان العتق في أولاده؛ لأن المكاتبة بعقد الكتابة تسعى لتحصيل الحرية لنفسها ولولدها، فتحصيل الحرية لولدها تحصيل مقصودها، فكيف يستوجب القيمة لأجلها؟ بخلاف ولد أمة المكاتب؛ لأن هناك لو أوجبنا القيمة للمكاتب بعتق ولد أمته، والمكاتب لا يسعى لتحصيل العتق لولد أمته.

فإن قيل: لا، بل إيجاب القيمة للمكاتبة ممكن مع تحصيل مقصودها في حرية الولد، ألا ترى أن المكاتبة إذا غرّت رجلا، فزوجت نفسها منه على أنها حرة، فولدت ولدًا كان الولد حرًا بالقيمة لها.

قلنا: هناك ليس في حرية الولد تحصيل مقصودها؛ لأن قصدها أن تعتق هي وولدها على وجه تصير هي وولدها مولى لمولاها، وهناك إن وجبت القيمة، وحكم بحرية الولد من الأصل من غير ولاء، فلا يكون الولد مولى لمولاها، فلا يكون فيه تحصيل مقصودها، فيمكن إيجاب القيمة لها.

فإن قيل: هذا المعنى ليس بصحيح، فإنا إذا أوجبنا القيمة في مسألتنا، وحكمنا بحرية الولد، حكمنا بحرية من الأصل من غير ولاء، فلا يكون فيه تحصيل مقصودها أيضًا.

قلنا: لا، بل هو صحيح؛ لأن مولاها ههنا المكاتب، والمكاتب ليس من أهل الولاء،

(١) أثبت من ف، ب، م.

فلم تكن هي قاصدة أن يكون ولدها مولى لمولاها، بل تقصد عتق الولد لا غير، وإنه حصل فقد حصل مقصودها، فتعذر إيجاب القيمة، بخلاف تلك المسألة؛ لأن هناك مولى المكاتبة من أهل الولاء، فكانت قاصدة عتق ولدها على وجه تصير هي وولدها مولى لمولاها، وهذا المقصود هناك مما لا يحصل، أما ههنا بخلافه.

وإذا ثبت أن الولد يكون مكاتبًا مع الأم، فالمسألة بعد ذلك على وجهين: إن أدت الأم بدل الكتابة عتقت وعتق الولد معها تبعًا لها، وإن عجزت وردت في الرق أخذ المولى ابنه بالقيمة؛ لأنها لما عجزت صارت أمة للمكاتب، ودعوة المولى قد تمت فيكون مدعيًا ولد أمة المكاتب، والمكاتب من أهل أن يستحق قيمة[1] ولد أمته، فيجب القيمة ويثبت الحرية للأمر، غير أن ههنا لا يحتاج إلى تصديق المكاتب وإن ثبت حق له؛ لوجود التصديق يوم الدعوة ممن إليه التصديق. ويعتبر قيمة الولد ههنا يوم عجزت المكاتبة؛ لأن قيمة الولد إنما تجب بمنع الولد واستهلاكه، وذلك بثبوت الحرية في الولد، ووقت ثبوت الحرية في الولد وقت عجز المكاتبة، فيعتبر قيمته يوم عجز المكاتبة، لهذا قال: ولو كذبته المكاتبة، وصدقه المكاتب لا يثبت النسب، لما بينا أن العبرة في هذا الباب لتصديق المكاتبة ولم يوجد.

٦٤٩٨ - ويكون الولد مكاتبًا مع أمه إن أدت بدل الكتابة عتق، وإن عجزت وردت في الرق صارت أمة للمكاتب، وقد وجد التصديق من المكاتب، وظهر أن ولاية التصديق والتكذيب له؛ لانفساخ الكتابة من الأصل، وكان الولد حرًا بالقيمة؛ لأنه لما انفسخت الكتابة من الأصل ظهر تأويل الملك للمولى في الجارية وقت العلوق، وظهر أنه صار مغرورًا، غير أنه إن ولدته لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت، يعتبر قيمة الولد يوم [الولادة، وإن جاءت به لستة أشهر منذ كوتبت، يعتبر قيمة الولد يوم][2] العجز.

والفرق أن في الوجه الأول تيقنا أن العلوق كان في ملك المكاتب سابقًا على حق المكاتبة؛ لأن حقها يثبت بالكتابة، والعلوق كان قبل ذلك الكتابة، فمنذ ثبوت النسب يصير المولى مستهلكًا الولد على المكاتب من ذلك الوقت، إلا أنه لا يمكن اعتبار قيمة الولد حال كونه مجتنًا، فاعتبرناه في أول أوقات الإمكان وهو ما بعد الولادة.

أما في الوجه الثاني حصل العلوق بعد ثبوت حق المكاتبة، وبعد ما صار الكتابة

(١) وفي "ف": أن يستحق قيمة أمة ولد أمته.

(٢) أثبت من جميع النسخ التي لدي، لا غنى عنها

كالأجنبي عنها، فلم يصر المولى مستهلكًا الولد على المكاتب من ذلك الوقت [إذ لا حق للمكاتب في ذلك الوقت][1]، وإنما يصير مستهلكًا عليه من وقت ثبوت حقه وهو وقت العجز، فاعتبر قيمة يوم العجز لهذا.

توضيح الفرق: إذ في الوجه الأول لما كان العلوق سابقًا على حق المكاتب، كان العلوق في زمان المكاتب غير محجور عن التصرف فيها، فتعذر[2] زوال حق المكاتبة بالعجز يمكن إسناد التصديق إلى وقت العلوق، فثبت النسب وثبتت الحرية من وقت العلوق، فصار مستهلكًا الولد من ذلك الوقت. أما في الوجه الثاني لما كان العلوق بعد ثبوت حق المكاتبة، كان العلوق في زمان المكاتب محجورًا عن التصرف فيها، فلا يمكن إسناد التصديق إلى ذلك الوقت، بل يبقى مقصورًا على وقت ثبوت حق المكاتب وهو وقت العجز، واعتبرت قيمته يوم العجز لهذا.

٦٤٩٩ - هذا إذا صدقه أحدهما دون الآخر، وإن كذباه لا يثبت نسب الولد؛ لأن في تكذيبهما تكذيب المكاتبة وزيادة، وقد ذكرنا أن المكاتبة لو كذبته بانفرادها لا يثبت النسب منه، فههنا أولى. ويكون الولد مع الأم مكاتبين للمكاتب: إن أدت بدل الكتابة عتقا، وإن عجزت صارا مملوكين للمكاتب ولا يثبت النسب؛ لأنها لما عجزت صارا مملوكين للمكاتب، وكان المولى مدعيًا ولد أمة المكاتب، فلا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتب، ولم يوجد ههنا تصديق من المكاتب أصلًا.

وأما إذا صدقاه جميعًا، يثبت النسب من المولى؛ لأن في تصديقهما إياه تصديق المكاتبة وزيادة، ولو صدقته المكاتبة بانفرادها كما ذكرنا أنه يثبت النسب منه، فههنا أولى.

بعد هذا ينظر إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ كاتبها المكاتب، حتى كان العلوق في ملك المكاتب، كان الولد[3] حرًا بالقيمة؛ لأنهم تصادقوا على أن الولد علق حرًا بحكم الغرور، ويكون قيمة الولد للمكاتب لو حرمها بسبب كان قبل الكتابة، وتعتبر قيمته يوم الولادة؛ لما قلنا قبل هذا.

وإن جاءت لستة أشهر منذ كاتبها المكاتب، فالولد مكاتب؛ لما مر أنه لا يمكن إثبات الحرية في ولد مكاتبته، ما دامت مكاتبة لم تعجز بعد. فإن عجزت حينئذ يأخذ المولى الولد

---

(١) أثبت من

(٢) وفي ... وفي ... مكان فتعذر.

(٣) وفي ...: كان ولد الولد.

بالقيمة، وتعتبر القيمة يوم العجز على ما مرّ.

٦٥٠٠ - قال في الزيادات: أعتق المكاتب، إذا كاتب أمته، ثم أدى المكاتب بدل الكتابة وعتق، ثم ولدت المكاتبة ولداً، فادعاه المولى، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، ولأكثر من ستة أشهر منذ كوتبت، فهذا وما لو ولدت قبل عتق المكاتب سواء؛ لأنا تيقنا أن العلوق حصل قبل عتق المكاتب، والعبرة لحالة العلوق.

٦٥٠١ - وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق، فادعاه المولى، ينظر إن زعم المولى أنه وطئها بعد العتق فصدقاه، أو صدقه أحدهما، لا يثبت نسب الولد من المولى أصلاً؛ لأنه استولد جارية ليس له فيها حق ملك، ولا تأويل الملك؛ إذ ليس للإنسان في مكاتبة معتقه حق الملك ولا تأويل الملك، فكان هذا الولد حاصلاً من الزنا، وبالزنا لا يثبت النسب.

٦٥٠٢ - وإن زعم المولى أنه تزوجها بعد عتق المكاتب، فولدت منه على فراشه، فإن صدقاه جميعاً، أو صدقته المكاتبة، وكذبه المكاتب، يثبت النسب. أما إذا صدقاه جميعاً فلأنهما يملكان إثبات الفراش عليها، وكان تصديقهما إياه بمنزلة سبب اكتساب الفراش وهما يقدران عليه، فيثبت به النسب.

٦٥٠٣ - وأما إذا صدقته المكاتبة فلأنها تملك إثبات الفراش على نفسها بأن تزوج نفسها، فيثبت به النسب، وإن كان فاسداً، فصار تصديقها بمنزلة اكتساب سبب الفراش، وهي قادرة عليه فيثبت النسب، ولا يعتق الولد؛ لأنه استولد مكاتبة معتقه بحكم النكاح.

٦٥٠٤ - ومن استولد مكاتبة معتقه بحكم النكاح لا يعتق الولد، بل يكون مكاتباً تبعاً للأم، فإن أدت بدل الكتابة عتقت وعتق الولد معها، وإن عجزت كانت أمة للمكاتب وولدها عبد للمكاتب، لا يأخذه المولى بالقيمة كما لو كان النكاح ظاهراً وعجزت المكاتبة.

٦٥٠٥ - وإن كذبته وصدقه المكاتب لا يثبت النسب؛ لأنه لا يملك إثبات الفراش عليها أصلاً، فلا يعتبر تصديقه. فإن عجزت المكاتبة بعد ذلك وردت في الرق، صارت أمة للمكاتب المعتق، فيعتبر إقراره عليه بالنكاح؛ لأنه يملك إنشاء النكاح عليها، ويثبت النسب ولكن لا يعتق الولد كما لو كان النكاح ظاهراً.

٦٥٠٦ - وإن زعم المولى أن هذا الولد منه بوطء كان منه قبل عتق المكاتب، فإن صدقاه جميعاً يثبت النسب من المولى، ويكون مكاتباً مع أمه؛ لأنهم تصادقوا أن العلوق كان والمكاتب مكاتب على حاله، فالدعوة حصلت في ولد مكاتبة المكاتب، وقد اتصل بها التصديق من المكاتبة، ومن ادعى ولد مكاتبة المكاتب واتصل بها التصديق من المكاتبة، يثبت النسب وكان

الولد مكاتبٌ مع أمه ، كذا هنا .

٦٥٠٧ - فإن عجزت بعد ذلك ورُدَّت في الرق ، أخذ المولى الولد بقيمته يوم عجزت ؛ لأنها لما عجزت وردّت في الرق ، انفسخت الكتابة من الأصل وتبين أن الدعوى في ولد أمة المكاتبة ، وقد اتصل بها التصديق من المكاتبة . فإن صدّقته المكاتبة وكذّبه المكاتب ، يثبت النسب ؛ لأن الحق في التصديق لها وقد وجد ، والولد رقيق لما مر .

٦٥٠٨ - وإن عجزت وردّت في الرق ، كان الولد مع أمه مملوكين للمكاتب ؛ لأن المكاتب ينكر كون العلوق سابقًا على عتقه . فيكون منكرًا كون المولى مغرورًا . وبعد العجز صار الملك له في الجارية والولد ، فكانت الجارية المكاتبة بتصديق المولى فيما ادّعاه مريدة إبطال ملك استحقه المكاتب في الولد وهي لا تملك ذلك .

٦٥٠٩ - وإن كذّبته المكاتبة وصدّقه المكاتب لا يثبت النسب لما مر ، فإن عجزت المكاتبة وردت في الرق ، أخذ المولى الولد بالقيمة ؛ لأن المكاتب مصدّق في حق نفسه ، وبعد العجز خلُص الحق له فيعمل بتصديقه ، فيأخذ المولى الولد بالقيمة ، ويعتبر قيمته يوم العجز لما مرّ .

٦٥١٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في « الزيادات » أيضًا : مكاتب كاتب أمة له ، ثم اشترت المكاتبة أمة ، فولدت الأمة ولدًا ، ثم ادّعى مولى المكاتب الولد ، لا يثبت النسب بدون التصديق ، والمعتبر تصديق المكاتبة ؛ لأن الجارية مع ولدها اكتساب المكاتبة ، وقد صارت هي أحقّ بنفسها واكتسابها ، وكانت العبرة لتصديقها . فإذا صدّقته في ذلك يثبت النسب منه لما ذكرنا ، ولا يعتق الولد ؛ لأن ولد أمة المكاتب أبعد على المولى من ولد المكاتبة ، ثم الحرية لا تثبت في ولدها قبل العجز على ما مرّ ، ففي ولد أمتها أولى . وإذا لم يعتق الولد كان عبدًا للمكاتبة ، ولا يكون مكاتبًا بخلاف ولد المكاتبة .

والفرق : أن ولد المكاتبة إنما كان مكاتبًا لسراية كتابتها إلى الولد ، وكتابتها لا تسري إلى ولد الأمة ، فإن عجزت المكاتبة بعد ذلك صارت هي وأمتها مملوكتين ، فصار المولى مدّعيًا ولد أمة المكاتبة . فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها المكاتبة ، أخذ المولى الولد بالقيمة ؛ لأن بالعجز انفسخت الكتابة من الأصل ، وصار العلوق في التقدير في أمة المكاتبة ، وقد صح تصديقها قبل العجز وصار كتصديق المكاتب بعد العجز .

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها المكاتبة : فالولد لا يكون حرًا ؛ لأن العلوق ما كان في ملك المكاتب بيقين فانعدم الغرور . فلو أن المكاتبة لم تعجز حتى ، أدى المكاتب بدل الكتابة وعتق ، ثم عجزت المكاتبة وردت في الرق ، أو مات المكاتب عن وفاء ثم

فحررت: فالجواب ما ذكرنا فيما إذا لم يعتق الأب إن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ ملكها المكاتب، عتق الولد وما لا فلا، لما ذكرنا أن الإعتاق معلق بحال قيام تأويل الملك، ولم يبق شيء من ذلك. ولكن عجز المكاتب أو مات عاجزاً فقد صار عبداً قناً للمولى، وصارت المكاتبة مكاتبة للمولى، وتبين أن المولى ادعى ولد مكاتبته وصدقته المكاتبة. وقد مر الكلام فيه من قبل.

الفصل التاسع في دعوة المكاتب الولد

٦٥١١ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات": مكاتبان بينهما جارية جاءت بولد، فادّعياه يثبت النسب منهما، أما ثبوت النسب فلأن للمكاتب في كسبه حق الملك، وإنه يكفي لثبات النسب كحقيقة الملك، وأما ثبوته منهما فلاستوائهما في سبب استحقاق النسب، ويصير الولد مكاتبًا معهما داخلاً في كتابتهما؛ لأنه ولد في حالة الكتابة، والولد المولود في حالة الكتابة يكون مكاتبًا تبعًا، وتصير الجارية بمنزلة أم الولد.

وليس معناه أنها تستحق الحرية كأم ولد الحر؛ لأن المكاتب لا يملك إيجاب الحرية في أكسابه، ولكن معناه أنه يمتنع بيعها كما يمتنع بيع أم الولد الحر؛ وهذا لأن حق الأم في الاستيلاد تبع لحق الولد، وقد ثبت حرمة البيع في حق الولد فيسري ذلك إلى الأم، فإن أدى أحدهما بدل الكتابة عتق؛ لوجود شرط العتق في حقه وهو الأداء، وعتق نصيبه من الولد تبعًا له؛ لأنه داخل في كتابته، وبقي نصيب الآخر مكاتبًا مع الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الإعتاق يتجزأ. ولا ضمان في الولد، أما على المكاتب المعتق؛ لأن العتق عند الأداء يقع من جهة المولى لا من جهة المكاتب، ولهذا كان الولاء للمولى، فلا يمكن إيجاب الضمان على المكاتب بسبب عتق يثبت من جهة المولى؛ وأما على المولى؛ لأن العتق من جهة المولى عند الأداء يثبت بإعتاق حكمي، والضمان لا يجب بإعتاق حكمي كما لو ورث ورثه.

٦٥١٢ - ولو وجد من المولى الإعتاق الحقيقي بأن أعتق ولد المكاتب حقيقة، لا يجب الضمان أيضًا؛ لأنه لو وجب [وجب للمكاتب؛ وتعذر إيجابه](1) للمكاتب؛ لأن المكاتب بعقد الكتابة يبتغي حرية الولد؛ لأن عقد الكتابة كما يعقد لحرية المكاتب يعقد لحرية ولده، فكيف يجب الضمان على المولى للمكاتب بما يبتغيه المكاتب بعقد الكتابة؟ وأما على الولد فلهذه العلة. وأما الجارية فنصيب الذي أعتق منها أم ولد الذي عتق بمنزلة أم ولد الحر؛ لأنه تحقق ملكه فيها، فتحققت أمية الولد في نصيبه منها، ونصيب الآخر بقي على حاله بمنزلة أم ولد المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وكان ينبغي أن تصير الجارية كلها أم ولد

(١) أثبت من ف .

تلدي عتق منزلة أم ولد الحر ؛ لأن الأصل في الاستيلاد التمليك . والجواب : هذا هكذا إذا كان المحل قابلاً للنقل من ملك [إلى ملك] (١) ، أما إذا لم يكن فلا . ألا يرى أن المدبرة إذا كانت بين اثنين استولدها أحدهما ، فإنه لا يتكامل الاستيلاد [بالإجماع ، والمكاتبة إذا كانت بين اثنين استولدها ، لا يتكامل الاستيلاد] (٢) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

إذا ثبت هذا ، فنقول : لأن نصيب الآخر ليس بقابل للنقل من ملك إلى ملك ، ألا يرى أنه امتنع بيعه ، فامتنع القول بتمليك الاستيلاد لهذه الضرورة ، ولا ضمان على الذي عتق في نصيب صاحبه من الجارية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ؛ لأنه لم يتغير نصيب صاحبه ، ولم يتملكه المعتق .

هذا كله قياس على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وأما على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : إذا أدى أحدهما حتى عتق نصيبه من الولد ، عتق الباقي من الولد أيضاً ؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ ، ولا ضمان في الولد ، ولا سعاية عليه لما مر ، وصارت الجارية كلها أم ولد للذي عتق ؛ لأن امتناع النقل في نصيب صاحبه من الجارية إنما كان تبعاً لامتناع النقل في الولد ، وامتناع النقل في الولد إنما كان لأجل الكتابة ، فإن الولد المولود في حالة الكتابة مكاتب ، فصار امتناع النقل في نصيب صاحبه من الجارية بهذه الواسطة مضافاً إلى الكتابة ، وكان نصيب الشريك من الجارية مكاتباً .

قلنا : وقيام الكتابة في نصيب الشريك لا يمنع تكامل الاستيلاد عندهما ؛ لأن الكتابة في نصيب الشريك قابلة للفسخ ، وهما يقولان بتكامل الاستيلاد فيما يقبل الفسخ ، فانفسخت الكتابة في نصيب الآخر ، ويثبت تكامل الاستيلاد ، وعليه قيمة نصيب صاحبه موسراً كان أو معسراً ؛ لأنه ضمان التمليك فلا يختلف باليسار والإعسار .

١٣٥٩٤ ولو أنه حين أدى أحدهما عجز الآخر بعد ذلك ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، عتق نصيب المؤدي من الولد ، وصار نصيب الآخر عبداً تبعاً له لما مر ، وصارت الجارية كلها أم ولد للمؤدي ؛ لزوال المانع من تكميل الاستيلاد ، ويضمن المؤدي نصف قيمة الجارية لمولى العاجز ، موسراً كان أو معسراً ؛ لأنه يملك نصيبه بالاستيلاد ، ولا ضمان عليه في الولد لما ذكرنا أن العتق ما ثبت من جهته ، ولكن يسعى الولد في نصف

(١) أثبت من ب .

(٢) أثبت من م .

قيمته لمولى العاجز ؛ لأنه إلى الآن إنما كان لا يسعى لأبيه ، وتعذر إيجاب السعاية للأب لما مر ، أما هاهنا لو سعى لمولى الأب ، ومولى الأب يستحق السعاية عليه وقد احتبس عنده ملكه ؛ لأن بانفساخ كتابة الأب انفسخت الكتابة في حقه [تبعًا][1] ، وكان هذا النصف حق المولى بعد العجز ، وقد احتبس عند الولد حكمًا لعتق نصيب المؤدي ، وتضمين المؤدي متعذر ، فيجب السعاية على الولد ؛ رعاية لحق المولى وصيانة لملكه .

٦٥١٤ - فرق بين هذا وبين ما لو كانت جارية بين رجلين حرين ، فولدت ولدًا فادّعاه أحدهما ، صارت الجارية كلها أم ولد له ، وضمن نصف قيمتها ، ونصف عقرها لشريكه ، ولا يسعى الولد في شيء لشريكه وإن كان معسرًا .

والفرق أن الدعوة في المسألتين دعوة استيلاد ، ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق ، وأمكن استنادها إلى وقت العلوق في تلك المسألة ؛ لأنه ليس في استنادها إبطال نسب أو عتق ، فصار ناقلا لها إلى ملكه ، فصار مستولدًا جارية نفسه ، ومن استولد جارية نفسه كان ولده حر الأصل حر العلوق ، ولم يكن عليه سعاية .

أما في مسألتنا تعذر استنادها إلى وقت العلوق ؛ لأن في استنادها إبطال النسب من العاجز ، ولا سبيل إلى إبطال النسب بعد [ثبوته ، ودعوة الاستيلاد إذا لم يستند إلى وقت العلوق صارت][2] دعوة تحرير ، فصار الولد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما وهو معسر ، فكان عليه أن يسعى .

٦٥١٥ - وهذا كما لو اشترى رجلان جارية ومعها ولدها ، فادّعى أحدهما ذلك الولد وهو معسر ، يثبت النسب منه وصارت الجارية أم ولد ، وكان على الولد أن يسعى في نصف قيمته للشريك ؛ لأن دعوته لم تستند إلى وقت العلوق ؛ لأن في استنادها إبطال البيع فصارت دعوته دعوة تحرير ، فصارت كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما وهو معسر .

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فالجواب ما ذكرنا في عجز الآخر ، إلا أن هاهنا الولد يسعى في نصف قيمته لمولى العاجز بخلاف ما قبل العجز ، والفرق ما قلنا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى .

ولو لم يعجز الآخر بعدما أدى أحدهما ، ولكن أدى وعتق ، لم يذكر محمد رحمه الله

(١) أثبت من ...

(٢) هكذا في ب . وكان في الأصل و ... وم : ... دعوة الاستيلاد ، وإذا لم يستند إلى وقت العلوق صارت .

تعالى هذا الفصل في الكتاب والجواب : أن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عتق الولد على المكاتبين ؛ لأن عنده الإعتاق يتجزأ ، فحين أدى أحدهما أولا عتق عليه نصيبه من الولد لا غير ، فإذا أدى الآخر بعد ذلك عتق عليه نصيبه أيضاً ، وكانت الجارية أم ولد لهما .
وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حين أدى أحدهما عتق كل الولد عليه ؛ لعدم تجزئ الإعتاق من غير ضمان ولا سعاية ، وصارت الجارية كلها أم ولد ، فلا يتغير هذا الحكم بعتق الآخر .

٦٥١٦ - ولو لم يؤدّ واحد منهما شيئًا حتى عجز أحدهما فإن الولد مكاتب مع الذي لم يعجز عندهما وهو ابنهما كما كان . أما هو ابنهما ؛ لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل التحويل من موضع إلى موضع ، فبقي ثابتاً كما كان ؛ فأما هو مكاتب مع الذي لم يعجز ؛ لأنه لما عجز أحدهما انفسخت الكتابة في حقه ، فانفسخت في نصيبه من الولد ، ونصيب المكاتب من الولد مكاتب ، والكتابة عندهما غير متجزئة فيصير جميع الولد مكاتبًا مع الذي لم يعجز ، ويضمن المكاتب الذي لم يعجز موسراً كان أو معسراً نصف قيمة الولد لمولى المكاتب الذي عجز ؛ لأنه لما صار الولد مكاتبًا مع الذي لم يعجز ، فصار متملكًا نصيب الآخر ، وضمان التملك لا يختلف باليسار والإعسار .

٦٥١٧ - ولم يذكر حكم الأم في هذا الفصل ، وينبغي على قياس قولهما : أن تصير أم ولد الذي لم يعجز ، إذ لا مانع من تكميل الاستيلاد . وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي أن يكون نصف الولد مكاتبًا مع الذي لم يعجز ، ونصفه يكون رقيقًا لمولى الذي عجز ؛ لأن الكتابة عنده متجزئة .

٦٥١٨ - وأما الجارية فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : تصير الجارية كلها أم ولد للذي لم يعجز ؛ لزوال المانع من تكميل الاستيلاد على ما مر . وذكر علي الرازي في مسائله والكرخي : أن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب أن يكون نصفها أم ولد للمكاتب ، ونصفها يكون رقيقًا لمولى الذي عجز ؛ لأن الأم تابعة للولد في مثل هذا . ثم الولد نصفه مكاتب ونصفه رقيق لمولى الذي عجز ، فكذا الأم .

٦٥١٩ - ولو لم يؤدّ واحد منهما ولم يعجز ، ولكن مات أحدهما ، وترك وفاء ببدل الكتابة وفضلا ، فإن مولى الميت يستوفي بدل الكتابة من تركته ، ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته على ما عرف من أصلنا .

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعتق نصف الولد تبعاً لأبيه، والنصف الآخر يبقى مكاتباً تبعاً للأب الآخر؛ لأن العتق عنده متجزئ والكتابة كذلك. فإن أدى الآخر عتق وعتق الابن كله. ولا يرث أباه الأول عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه معتق البعض حين مات الأب الأول، ومعتق البعض لا يرث شيئاً.

٦٥٢٠ - وإن لم يؤد الآخر ولكن عجز، فالابن يسعى في نصف قيمته لمولى العاجز، ويحكم بحريته؛ لأنه معتق البعض، ومعتق البعض لا يترك كذلك، بل يخرج إلى الحرية بالسعاية.

٦٥٢١ - وأما الجارية فقد صار نصفها أم ولد للذي مات من وفاء في حال حياته وحريته، وعتقت بموته حراً كما هو الحكم في أم الولد الحر. ونصيب الآخر لا تترك رقيقاً، فتسعى في نصف قيمتها للمكاتب الحي، ويحكم بحريتها.

٦٥٢٢ - وفرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين أم ولد الحرين، يعتقها أحدهما، أو يموت أحدهما حتى عتق نصفها، حيث لا تسعى في النصف الباقي.

والفرق: أن ثمة يثبت فيه الولد حقيقة، ويثبت فيها حق الحرية حقيقة بحيث لا يتوهم عودها إلى الرق، فسقطت ماليتها وتقومها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولا ضمان ولا سعاية بدون التقوم. أما هنا لم يثبت أمية الولد حقيقة، ولم يثبت فيها نسبة الحرية، ولهذا امتنع بيعها تبعاً للولد، ولهذا يتصور عودها إلى الرق بعجز المكاتبين، وبدون حق الحرية لا يسقط تقومها وماليتها، فكانت صفة المالية والتقوم لنصيب الحي باقية، وقد احتبس عندها حكماً لنفاذ العتق في النصف، فسعت في نصف قيمتها لهذا.

هذا كله قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وأما على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا حكمنا بحريته مات في آخر جزء من أجزاء حياته حكمنا بحرية الولد كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، ولا ضمان في الولد ولا سعاية عليه لما قلنا قبل هذا. إلا أن يعجز الآخر فحينئذ يسعى الولد في نصف قيمته للمولى العاجز لما مر، ولا يرث الابن من المكاتب الميت شيئاً؛ لأن نصفه عتق مع المكاتب الميت في آخر جزء من أجزاء حياته تبعاً له، والنصف الآخر عتق بطريق السراية[1] عن ذلك النصف، فيقع عن النصف[2] الباقي مقارناً

---

(١) وفي ب: بطريق السراية.

(٢) وفي ب: فيقع عتق النصف.

للموت أو بعده. ومن شرط استحقاق الإرث أن يكون ذلك حراً وقت الموت.

فإن قيل: العتق عندهما لا يتجزأ، فإذا ثبت في نصف الولد واستند إلى آخر جزء من أجزاء حياة الميت ثبت في الكل، فيصير حراً مات عن ولد حر، فينبغي أن يرث. فالجواب عن هذا أن يقال بأن استناد العتق إنما كان بطريق التبعية، وفي النصف هو تبع للمكاتب الميت، فيستند العتق فيه ضرورة، فأما النصف الآخر فليس بتابع للمكاتب، ولا يظهر استناد العتق فيه. فكان عتق ذلك النصف مقارناً للموت أو بعده.

توضيحه: أن النصف الذي هو تابع للمكاتب الميت، تعلق عتقه بكتابة الميت فوجب اعتبار فيها، ووجب استناده إلى السبب السابق. وأما النصف الآخر لما لم يكن تابعاً له، لم يستحق الحرية بذلك السبب، وإنما استحقه ضرورة عدم التجزي، فيعتبر حال ما وجب حريته وهو الأداء الذي يحصل بعد الموت، فيكون رقيقاً وقت موت المكاتب الميت، فلهذا لا يرث. وأما الأم فيصير نصيبه أم ولد للميت فتعتق بموته، ويجب في ماله نصف قيمتها للمكاتب الحي يأخذ ذلك من تركته بعد أداء بدل الكتابة.

ذكر بعد هذا في الكتاب سؤالاً فقال: كيف يسعى الولد في نصف قيمته للمولى العاجز عندهما، وهو لا يتبعض العتق عنده؟ وهذا السؤال أنهما لما كانا يتبعضان العتق ثبت العتق في كل الولد قبل عجز الآخر، وما لم يعجز الآخر لا يثبت حق المولى في ولده، فحال ما عتق كل الولد لم يكن حق المولى ثابتاً فيه، فبماذا يسعى للمولى العاجز.

ذكر السؤال ولم يذكر الجواب، ومشايخنا رحمهم الله تعالى أجابوا، فقالوا: بأن الحق للمولى كان ثابتاً في المكاتب وفي الولد؛ لأن ولد المكاتب يصير مكاتباً على مولى الأب تبعاً للأب، ومن ضرورته دخوله في ملكه، إلا أن حق المكاتب كان مقدماً في الولد على حق المولى، فإذا زال حق المكاتب ظهر حق المولى فوجب السعاية للمولى لاحتباس ملك الولد عنده؛ لأن حق المولى ثبت في الولد الآن.

٦٥٢٣ - قال: مكاتبة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما، صحت دعوته لقيام ملكه في نصفها، ويثبت نسبه منه، وصار نصيبه من الجارية أم ولد له، ويبقى نصيب الآخر مكاتباً غير أم ولد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن الكتابة في نصيب الشريك مانعة نقل نصيب الشريك إلى ملك المستولد عنده، والاستيلاد متى وقع في محل لا يقبل النقل يتجزى، كما في الأمة بين اثنين استولدها أحدهما، وعندهما صارت الجارية كلها أم ولد للمستولد؛ لأن الكتابة في نصيب الشريك عندهما غير مانعة من تكميل الاستيلاد أقوى؛ [لأن الاستيلاد

أقوى[١] من الكتابة؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، والكتابة تحتمل الفسخ فيتكامل الاستيلاد، وتنفسخ الكتابة في نصيب الشريك. وإذا انفسخت الكتابة في نصيب الشريك وتكامل الاستيلاد، صار المستولد متملكاً[٢] نصيب الشريك، وعادت الكتابة إلى نصيب الشريك وكملت؛ لأن الكتابة في نصيب المستولد وهي غير متجزئة عندهما، فثبت في النصف الذي يملكه المستولد ضرورة عدم التجزي.

ثم يضمن المستولد الشريك نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً؛ لأنه يتملك نصيب الشريك، وضمان التملك لا يختلف باليسار والإعسار.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في كيفية الضمان، بعضهم قالوا: يضمن المستولد لشريكه نصف قيمتها قنة؛ لانفساخ الكتابة عندهما، وبعضهم قالوا: مكاتبة؛ لأن هذا فسخ ضروري، فلا يظهر في حق الضمان.

٦٥٢٤- ثم لها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وأدت بدل الكتابة وعتقت، وإن شاءت عجّزت نفسها، فكانت أم ولد للمستولد يعتق بموته؛ لأنه تعدى لها جهتا عتق: كتابة معجلة ببدل واستيلاد مؤجل بغير بدل، ولها في كل نوع فائدة أخرى، فكان لها الخيار لهذا.

فإن اختارت المضي في الكتابة، ففي رواية هشام في "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى: تكون مكاتبة بجميع البدل، وذكر الحاكم في "المنتقى": أنها تكون مكاتبة بنصف البدل.

وجه ما ذكر في "المنتقى": أن الكتابة قد انفسخت في نصيب الشريك ضرورة تكميل الاستيلاد، وإذا انفسخت الكتابة في نصيب الشريك سقط نصف البدل، ثم سرت الكتابة القائمة في نصيب المستولد إلى ما بقي، وإنما سرى بما بقي فيه من البدل.

وجه رواية هشام: أن التملك بالاستيلاد أمر حكمي، والمكاتب يقبل النقل الحكمي من مولى إلى مولى، فلا ضرورة إلى القول بانفساخ الكتابة في نصيب الشريك، بل يدخل نصيب الشريك في ملك المستولد مكاتباً، وإذا لم تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك لم يسقط شيء من البدل.

والدليل على صحة ما قلنا: أنه لو انفسخت الكتابة في نصيب الشريك لانفسخت في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وب.

(٢) في ظ و م: متملكاً.

نصيب؟(١) المولود؛ لأن الكتابة عندهما كما لا يتجزأ ثبوتا لا يتجزأ انفساخا، فلا تعود بعد ذلك مكاتبة إلا بتجديد العقد، وهي مكاتبة بالاتفاق، فعلم أنه لم ينفسخ الكتابة في شيء منها

٦٥٢٥ - وكذلك لو لم يأت بالولد، ولكن أقر أحد الشريكين أنها أم ولد له، فهذا والأول سواء؛ لأن الإقرار بالاستيلاد في الحكم بمنزلة إنشائه - والله أعلم -.

---

(١) ك: من ف.

الفصل العاشر
في حكم بيان المكاتبين إذا كانت واحدة أو متفرقة

٦٥٢٦ - قال محمد رحمه الله تعالى في الزيادات : مكاتبان لرجلين كل واحد منهما لرجل على حدة ، وبينهما جارية جاءت بولد ، فادعياه فهو ابنهما ، وقد مر هذا . فإن ماتا عن وفاء أو قتلا معًا أو أحدهما قبل الآخر ، فأديت مكاتبتهما معًا عتقا ويستند عتق كل واحد منهما إلى آخر جزء من أجزاء حياته ، وعتق الولد تبعًا للأبوين ؛ لأن نصف الولد تابع لهذا الأب داخل في كتابته . والنصف الآخر تابع للأب الآخر داخل في كتابته ، وكان مولى للمكاتبين ؛ لأن عتق الولد يثبت من جهة المكاتبين . ولا يرث الابن من واحد من الأبوين ؛ لأنه معتق البعض في حق كل واحد منهما وقت موته .

بيانه . ما ذكرنا أن نصف الولد تابع لهذا الأب ، والنصف الآخر تبع للأب الآخر فيستند عتق كل نصف إلى عتق أصله ، لا إلى عتق الأصل الآخر ؛ لأن الاستناد من أحكام عقد الأصل ، فإنما يظهر في مقدار ما هو تابع له في العقد لا فيما ليس بتابع له ، وجعل فيما ليس بتابع له كأن عتقه مقصور على الحال ، فهو معنى قولنا : إنه معتق البعض في حق كل واحد منهما وقت موته .

٦٥٢٧ - وكذلك إذا كاتب المكاتبان لرجل واحد ، كاتب كل واحد منهما مكاتبة على حدة ؛ لأن تبعية الولد المكاتبة يكون في العقد ، فيكون اختلاف العقدين بمنزلة اختلاف المولين .

٦٥٢٨ - فأما إذا كانا لرجل واحد وقد كاتبهما كتابة واحدة وباقي المسألة بحالها ، ورث الابن من كل واحد منهما ؛ لأن العقد إذا كان واحدًا كان عتق كل واحد من الأبوين معلقًا بعتق الآخر لا يتصور عتق أحدهما إلا ومعه عتق الآخر ، فاستند عتق كل واحد من الأبوين إلى ما استند إليه عتق صاحبه ، وإذا استند العتق في كل واحد من الأبوين إلى حال حياتهما ، وظهر الاستناد في حق صاحبه ، يظهر استناد العتق في كل الولد في حق كل واحد من الأبوين ضرورة ، فلم يحصل عتق كل واحد من الأبوين إلا والولد حر كله بعتقه ، فيرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا ، خلافًا لزفر رحمه الله تعالى والمسألة معروفة .

٦٥٢٩ - قال . ولو كانا لرجلين ، أو لرجل واحد ، وبينهما ولد ولد في حال كتابتهما من

عتق كل الولد في حق كل واحد من الأبوين ؛ ثم يؤخذ من تركة الذي لم يؤد بدل الكتابة من مال حصته من بدل الكتابة ؛ لأن الأداء من تركة أحدهما بعد موته بمنزلة أدائه في حال حياته ، في حق ثبوت حق الرجوع على صاحبه بحصته إن كان حيا ، وفي تركته إن كان ميتا .

٦٥٣٢ - وقال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات" أيضًا : مكاتبان لرجلين أو لرجل واحد، إلا أن كتابتهما مختلفة وبينهما ولد على نحو ما ذكرنا ، مات أحدهما عن وفاء ، ثم قطعت يد الابن ثم أديت مكاتبته ، فإن على القاطع أرش العبد ؛ لأنه قطع يده وهو عبد ؛ لأن قبل أداء بدل الكتابة لا يثبت العتق ، وعند الأداء إن ثبت العتق مستندًا ، ولكن الاستناد لا يظهر في حق من المتلاشي ، والمستوفى بالقطع بلا شيء ، ويكون نصف هذا الأرش لهذا الولد ، ولا يدخل في كسب الميت وإن كان ذلك للميت حال حياته ، ونصفه للمكاتب الحي .

أما نصفه للولد ؛ لأنا إنما جعلنا ذلك للميت حال حياته لأجل التبعية ؛ لأن نصف الولد الذي دخل في كتابته تابع له ، وقد صار ذلك النصف أصلا بموته ، وبهذا يطالب بأداء حصة الميت من بدل الكتابة ، وقبل هذا كان لا يطالب ، وهذا هو علامة الأصالة .

وأما النصف الآخر الذي هو داخل في كتابة الحي ، بقي تبعًا للحي ؛ فلهذا كان نصف الأرش للولد والنصف للمكاتب الحي . وكذلك لو اكتسب الولد اكتسابًا بعد موت أحد الأبوين قبل أداء بدل الكتابة كان نصف الكسب للولد ، لا يدخل في كسب الميت وإن كان ذلك للميت حال حياته ونصفه للمكاتب الحي ؛ لما قلنا في الأرش .

٦٥٣٣ - وإن قطعت يده بعد ما أديت مكاتبة الميت ، غرم القاطع أرش الأحرار عندهما ؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، فإذا عتق نصف الولد عند أداء مكاتبة الميت عتق النصف الآخر ضرورة عدم التجزي ، وكان الأرش للولد ؛ لكونه حرا وقت القطع . وكذلك الكسب الذي اكتسبه الولد بعد ما أديت [مكاتبة][1] الميت ، يكون كله له ؛ لأنه اكتسبه وهو حر .

فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب على القاطع أرش العبد ؛ لأنه معتق البعض [عنده ، ومعتق البعض][2] بمنزلة المكاتب ، ويكون نصف هذا الأرش للولد ، ونصفه للمكاتب الحي . وكذلك الكسب الذي اكتسبه هذا الولد بعد ما أديت مكاتبة الميت ، يكون نصفه للولد ونصفه للمكاتب الحي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وكان ينبغي أن يكون كل

---

[١] هكذا في النسخ التي عندنا ، وكان في الأصل : كتابة .

[٢] أثبت من "ف" و "م" .

الأرش والكسب بينهما في هذا الفصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن معتق البعض عنده مكاتب مقصود في جميع الرقبة، ومن كان مكاتبا مقصودا يستحق جميع أرشه وجميع كسبه.

والجواب: أن معتق البعض على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنما يكون مكاتبا مقصودا إذا ثبتت الكتابة في الباقي حكما لعتق البعض، وكتابة الباقي هنا ما ثبتت حكما لعتق البعض، وإنما ثبتت بكتابة الحي، فبقي مكاتبا تبعا للحي، فلهذا لا يستوجب كل الأرش وكل الكسب.

٤٥٣٤ - ولو قتلت بنت الأم بعد موت أحدهما عن وفاء، فإن كان قبل أداء مكاتبته، غرم القاتل أرش الإماء، وهذا ظاهر، ويكون نصف ذلك للمكاتب [الميت، والنصف للمكاتب الحي، أما النصف للمكاتب الحي فظاهر لأن نصفها مملوك له، وأما النصف للمكاتب][1]؛ لأن نصيب الميت منها لم يصر مكاتبا مقصودا؛ لأن أم الولد لا تكاتب [على مكاتب تبعا][2] حتى تصير مقصودة بموته، وإنما يصير تبعا [لا غير][3].

ألا ترى أن معتق البعض الذي لا يطالب بأداء بدل الكتابة، يصير تبعا للميت كما كان، وكان له أرثها امرأة مكاتب الميت، فيلحق تركته ويؤدي مكاتبته من الجملة.

وكذلك الجواب في اكتساب كسبها قبل أداء بدل الكتابة، فيكون نصفها للمكاتب الحي، والنصف للمكاتب الميت لما قلنا في الأرش.

٤٥٣٥ - ولو قتلت بنتها بعد ما أديت مكاتبة الميت فأرشها أرش الأحرار عندهما؛ لأنا حكمت بحرية الميت وبحرية نصفها لكون ذلك النصف أم ولد له، فيحكم بحرية النصف الآخر منها ضرورة عدم التجزؤ، ويكون ذلك لها.

وكذلك الجواب في كسب الاكتساب بعد أداء بدل الكتابة، يكون لها عندهما، وهذا ظاهر. وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يجب أرش الإماء؛ لأنها معتقة البعض فيكون النصف لها؛ لأن نصفها قد عتق والنصف للمكاتب الحي؛ لأن نصفها بقيت مملوكة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و ب.
(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و ب.
(٣) أثبت من ب.

للمكاتب الحي. وكذلك الجواب في كسب اكتسب بعد [الأداء][1]، نصفه لهما، والنصف للمكاتب الحي لما قلنا.

وهذا مشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنها معتق البعض، ومعتق البعض عنده مكاتب مقصود إذا ثبت كتابة الباقي حكمًا بعتق البعض، [وههنا كتابة الباقي ثبت حكمًا بعتق البعض][2]، فينبغي أن يكون كل الأرش وكل الكسب لها. والجواب أن معتق البعض على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنما يكون مكاتبًا مقصودًا مستحقًا جميع الكسب والأرش، مع أن كتابة الباقي ثبت حكمًا لعتق البعض[3] باعتبار أن ملك الكسب يثبت ملك الرقبة، وفي معتق البعض ملك الساكت قابل للانتقال، ألا يرى أنه ينتقل إلى الشريك بالضمان، فجاز أن ينتقل إلى العبد بالسعاية، فيملك نفسه، فيملك الكسب ضرورة. أما ملك أم الولد لا يقبل الانتقال، ألا يرى أنه لا ينتقل إلى الشريك، فلا ينتقل إليها، فلا تملك نفسها، فلا تملك الكسب إلا أنه يضرب عليها السعاية، لتعذر إبقائها على حكم الرق لا لأنها تملك نفسها بالسعاية.

٦٥٢٦- عبد وابنه بين رجلين، كاتبهما أحدهما على ألف درهم كتابة واحدة بغير إذن الشريك، فمات الأب، وترك مالًا كثيرًا، ثم اكتسب الابن بعد موته اكتسابًا، أو قطعت يده وأخذ الأرش، ثم علم المولى الآخر بالكتابة، فأراد أن ينقض الكتابة، ليس له ذلك؛ لأن النقض إنما يصح إذا بقي العقد، وبقاء العقد بعد موت المكاتب بخلاف القياس لضرورة صحة الأداء، ويمكن إسناد العتق إلى ما قبل الموت، فلا يظهر في حق النقض مقصودًا[4]، ولكن يأخذ نصف ما ترك الأب ونصف ما اكتسب الابن؛ لأنه لو كان الأب حيًا كان للمولى الآخر أن يأخذ نصف ذلك. أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر؛ لأنه كسب عبد مشترك؛ لأن الكتابة عنده متجزئة، وأما على قولهما فلأن الكتابة عندهما وإن كانت لا تتجزأ، فله الآن حق الفسخ، فيجعل نصف الكسب على حقه بقي على حق ملكه، ويكون له أن يأخذ نصف ذلك، وإذا ثبت هذا الحكم حال حياة الأب بقي كذلك بعد موته عن وفاء.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفي ظ: لعتق البعض.

(٤) وفي ظ: المقصود.

ثم يخير إلى الباقي ويؤدي منه المكاتبة ويحكم بعتق النصف منهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويعتق الكل عندهما وعلى المكاتب نصف قيمتهما إن كان موسراً، وإن كان معسراً يجب السعاية عليهما في ذلك، غير أن ما كان بحصة الميت يؤخذ من تركته، لكونه عاجزاً عن السعاية، وما كان بحصة الابن يجب عليه لكونه قادراً على السعاية، ولا يرث الابن أباه لأنه معتق البعض عند موته.

٦٥٣٧ - في نوادر إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل كاتب غلامين له كتابة واحدة فاستحق أحدهما، لا يرفع عن الباقي شيء منهما، وإن وجد أحدهما حراً بطلت الكتابة كلها. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل كاتب عبدين له على ألف درهم كتابة واحدة، وكل واحد منهما كفيل ضامن لذلك، فاستحق أحدهما فالثاني بالخيار إن شاء أدى جميع بدل الكتابة ولا يعتق بدون ذلك، وإن شاء نقض الكتابة.

٦٥٣٨ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم، إن أدّيا عتقا، وإن عجزا ردّا في الرق، فأدى أحدهما المكاتبة يرجع على صاحبه وإن لم يضمن كل واحد منهما عن صاحبه.

٦٥٣٩ - وفي المنتقى: رجل كاتب عبدين له في صفقة على ألف درهم كتابة واحدة، ثم إن أحدهما زاده مائة درهم في الكتابة، والألف على النجوم، وأبى الآخر الزيادة فإنه يلزم الزائد نصف الزيادة، ولا يلزم الآخر شيء منهما ويعتقان بأداء الألف، ويكون نصف الزيادة على الذي زاد حالاً، ولا يكون على النجوم.

٦٥٤٠ - وكذلك لو قبلها صاحبه كانت الزيادة عليهما حالاً، وهذا بمنزلة رجل باع عبداً بألف درهم إلى سنة، ثم زاده مائة درهم، فهذه حالة ولا يكون على الأجل، ولا يأخذ المولى كل واحد منهما إلا بحصته من الزيادة، وإن أداها أحدهما لم يرجع بها على الآخر.

٦٥٤١ - وقال محمد رحمه الله تعالى: إذا زاد أحدهما مائة وضمنها، فهي كلها عليه يأخذه المولى بها. وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كاتب الرجل عبدين له على ألف درهم، ولم يجعل كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، فأدى أحدهما حصته من المكاتبة عتق.

٦٥٤٢ - الحسن بن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كاتب عبدين له على ألف درهم حالة، لم يزد على هذا أحد من كل واحد منهما بحصته من المكاتبة، لم يكن له أن يأخذ واحداً منهما بما على الآخر، وأيهما أدى حصته صار حراً. وإن

كأنهما تمنّي النقد وقبضها عليهما وقال: إذا أديتما عتقتما، أو لم يقل ذلك، كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميعها، وبعد ذلك تنزله منزلة كل واحد منهما من كتابة صاحبه — والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الحادي عشر
في العبد يكون بين رجلين يكاتبانه، أو يكاتبه أحدهما

٦٥٤٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": وإذا كان العبد بين رجلين فكاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه، صحت الكتابة في نصيبه واقتصرت عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأن في الكتابة معاوضة وتعليق عتق بالأداء، وفي ذلك اعتبر صحيح من أحدهما في نصيبه، فإنه لو باع أحدهما نصيبه جاز، ولو علق عتق نصيبه بأداء المال أيضاً يجوز، وكان للشريك الساكت الخيار إن شاء فسخ هذه الكتابة، وإن شاء رضي بها عند علمائنا رحمهم الله تعالى خلافاً لابن أبي ليلى.

٦٥٤٤- وأجمعوا على أنه لو باع أحدهما نصيبه أو أعتق أو دبر أو علق عتق نصيبه بأداء المال، ليس للساكت أن يفسخه. والوجه في ذلك: أن المكاتب بكتابة نصيب نفسه وإن تصرف في خالص ملكه، إلا أنه لحق بغيره وهو الساكت ضرراً. فإن بسبب كتابته يبطل على الساكت حق البيع في نصيبه؛ لأن نصيب المكاتب بالكتابة صار حراً يداً للحال وحرية اليد مانعة جواز البيع كحرية الرقبة فهو معنى قولنا: أضر بالساكت، والكتابة قابلة للفسخ، فكل تصرف صدر من المالك وقد وقع ضرراً بالغير، وإنه يحتمل الفسخ كان لمن توجه عليه الضرر فسخه.

٦٥٤٥- ألا ترى أن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفء، كان للأولياء حق الاعتراض، وإن تصرفت في خالص حقها وملكها؛ لأنها ألحقت بما تصرفت ضرراً بالأولياء، فكذا ههنا، بل أولى، فإن الكتابة أقبل للفسخ من النكاح، فإن النكاح لا يفسخ إلا بقضاء في ولاية العاقد، والكتابة تفسخ بتراضيهما من غير قضاء في ولاية العاقد.

٦٥٤٦- وليس كما لو باع أحدهما نصيبه، لأنه ليس في بيع أحدهما نصيبه ضرر على صاحبه، لأن بسبب هذا البيع لا يبطل على صاحبه حق البيع في نصيبه، حتى إن في موضع كان في بيع أحدهما نصيبه لصاحبه ضرراً بصاحبه، كان لصاحبه حق فسخ بيعه، فإن الدار إذا كانت بين اثنين باع أحدهما نصف بيت معلوم من رجل، كان للآخر حق الفسخ [حتى لا يتفرق][1] نصيبه في الدار زيادة [تفرق][2]. وليس كما لو أعتق أحدهما نصيبه أو دبره، لأن

---

(١) هكذا في جميع النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: لا نعرف.

كل واحد منهما لا يقبل الفسخ وليس كما لو علق عتق نصيبه بأداء المال؛ لأنه لا يحتمل الفسخ لأنه يمين.

ثم إن عامة المشايخ رحمهم الله تعالى لم يشترطوا لصحة هذا الفسخ القضاء أو الرضاء، والشيخ الإمام نجم الدين عمر النسفي رحمه الله تعالى في شرح الشافي شرط القضاء أو الرضاء، وأشار إلى المعنى، فقال: لأنه تصرف[1] في ملكه.

٦٥٤٧ - وإن فسخ الساكت الكتابة، عاد [الأمر][2] إلى ما[3] كان قبل المكاتبة، وإن لم يفسخ حتى أدى العبد مكاتبته، فإنه يعتق نصيب المكاتب، واقتصر العتق على نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وللساكت خيارات ثلاثة إن كان المكاتب موسراً، وإن كان معسراً، فله خياران، لأن المكاتب صار معتقاً نصيبه عند الأداء، والحكم في عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما ذكرنا، ثم يرجع الساكت على شريكه، فيأخذ منه نصف ما أخذه من العبد، ويأخذ من العبد نصف ما بقي في يده من الكسب، لأن الكتابة لما اقتصرت على نصيب المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، كان هذا كسب عبد نصفه للمكاتب ونصفه للساكت، ثم يرجع المكاتب على العبد بما أخذ منه الساكت

٦٥٤٨ - فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا كاتب أحدهما جميع العبد بغير إذن شريكه، وأدى العبد الكتابة إلى المكاتب، رجع الساكت على المكاتب وأخذ منه نصف ذلك، لا يكون للمكاتب أن يرجع على العبد بشيء، لأن هناك جعل البدل المسمى بإزاء كل العبد فكان بإزاء نصفه نصف المسمى، وقد سلم له نصف المسمى بكماله، أما ههنا جعل البدل بمقابلة نصيبه، وصح ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاقتصار الكتابة على نصيبه عنده، فصار جميع المسمى بإزاء نصيبه لا غير، فإذا استحق شيء منه كان له حق الرجوع بذلك القدر، فهذا هو الفرق له.

جئنا إلى بيان مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فنقول: إذا أدى المكاتب بدل الكتابة عتق جميع العبد عندهما، لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فكان للساكت حق تضمين المكاتب إن كان موسراً وحق استسعاء العبد إن كان معسراً، ويرجع الساكت على

---

(١) هكذا في ب و ط، وكان في الأصل: تصرف.

(٢) هكذا في جميع النسخ الخطية التي عندنا، وكان في الأصل: الأصل

(٣) وفي ط: كما يكان إلى ما

المكاتب، فيأخذ منه نصف ما أخذ من العبد، ويأخذ أيضاً نصف ما بقي في يد العبد بعد أداء بدل الكتابة.

وكان ينبغي أن لا يرجع على المكاتب الساكت بشيء عندهما؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ، فيصير الكل مكاتباً عن المكاتب، ويصير المكاتب متملكاً على الساكت نصيبه، فيكون جميع المؤدي كسب مكاتبه فينبغي أن يسلم له، ولكن الوجه في ذلك أن يقال: بأن نصيب الساكت لا يعتبر مملوكاً ومكاتباً للمكاتب في حق الساكت، بل يعتبر مأذوناً له في التجارة.

أما في حق المكاتب يعتبر مملوكاً ومكاتباً للمكاتب، والكتابة تخالف العتق والتدبير والاستيلاد عندهما، فإن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه أو دبر أو استولد يتملك نصيب صاحبه بالضمان، ويظهر ذلك في حق الكل. والوجه في ذلك أن يقال: بأن مال الغير لا يتملك إلا بالضرورة، ولا تتحقق الضرورة في فصل الكتابة إلى تمليك نصيب الساكت، أما في فصل الإعتاق والتدبير والاستيلاد ضرورة.

وبيان ذلك: أن في فصل الكتابة لو صار متملكاً نصيب الساكت إنما يصير متملكاً ضرورة أن الكتابة لما نفذت في نصيب المكاتب، لابد من إثبات حكمها فيه، وهو حرية اليد في حق الاكتساب والتصرف، ولا يمكن إثبات حرية اليد في نصيب المكاتب إلا بإثبات الحرية في نصيب الساكت؛ لأنها لا تتجزأ، ولا يمكن إثبات حرية [اليد][1] في نصيب الساكت إلا بعد تملك الساكت، فيصير متملكاً نصيب الساكت بهذه الوسائط.

قلنا: ومن ضرورته حرية اليد في حق الاكتساب والتصرف في نصيب الساكت، [في نصيب المكاتب حرية اليد في حق الاكتساب، والتصرف في نصيب الساكت][2] ما ليس من ضرورة حرية اليد في حق الاكتساب والتصرف في نصيب الساكت تملك نصيب الساكت، وجعل نصيب الساكت مملوكاً للمكاتب في [حق][3] الساكت؛ لأن هذا المقصود يحصل[4] في نصيب الساكت إذا صار نصيبه مأذوناً في التجارة، فجعلنا نصيب الساكت مأذوناً له في

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"ف".

(٣) هكذا في جميع النسخ الخطية التي عندنا.

(٤) وفي "ب": لأن هذا المقصود تحصيل في نصيب الساكت.

أصلهما في عدم تجزي الكتابة .

ووجه ذلك - أن الكل وإن صارت مكاتباً . إلا أن للساكت قبل أداء بدل الكتابة أن يفسخ الكتابة ويأخذ نصف الرقبة ونصف الكسب ، وبعد الأداء إن تعذر الفسخ في الرقبة ما تعذر في الكسب ، فيفسخ الساكت العقد في نصف الاكتساب ، وعند ذلك يعود نصف الكسب إلى ملكه فيأخذه بطريق فسخ الكتابة ، ثم لا يرجع المكاتب على العبد بشيء . وليس للمكاتب أن يحتاج العبد ، ويقول : قد استحق علي بعض ما أديت ، فلي أن أرجع عليك بذلك ، لأن من حجة العبد أن يقول له : قد ضمنت لي سلامة جميع الكسب عندهما ، لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ وإذا استحق عليك بعض[1] ما أخذت لو رجعت به علي ، كان لي أن أرجع عليك بما رجعت علي ، لأن ذلك كسبي وقد ضمنت لي سلامة كسبي ولم يسلم ، فكان لي حق الرجوع عليك بما رجعت به علي ، فلا يفيد الرجوع .

هذا الذي ذكرنا إذا كاتب نصيبه من العبد . فأما إذا كاتب جميع العبد بغير إذن شريكه ، وقد أدى المكاتب جميع المسمى ، فالجواب فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كالجواب فيما إذا كاتب نصيبه لا غير ، إلا في فصل وهو أن الساكت إذا أخذ من المكاتب نصف المؤدي ، فإن المكاتب لا يرجع على العبد بما أخذ منه الساكت . فأما فيما عدا ذلك ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كاتب نصيبه ، وعلى قولهما : الجواب فيه كالجواب فيما إذا كاتب نصيبه لأن إضافة الكتابة إلى نصيبه إضافة إلى الكل

٦٥٥١ - وفي نوادر أبي سليمان : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : عبد بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن شريكه ، فلم يرد ذلك شريكه حتى أدى المكاتب وعتق ، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا يرجع [الذي لم يكاتب][2] على الذي كاتب بشيء مما قبض من المكاتب ، لأن المكاتبة قد تمت ، وصار الكسب للمكاتب يوم مكاتبته ، فما قبض الذي كاتب [خالص حق المكاتب ، لا حق الذي لم يكاتب فيه ، فلا يرجع فيه ، ولكن يضمن الذي لم يكاتب الذي كاتب][3] نصف قيمته إن شاء ، وأنه خلاف المذكور في الأصل .

٦٥٥٢ - هذا الذي ذكرنا إذا كاتب نصيبه من العبد أو كله بغير إذن شريكه ، فأما إذا

(١) وفي "ف" و "م" : نصف مكان بعض .

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي توجد عندنا ، وكان في الأصل : لا يرجع المكاتب على الذي كاتب

(٣) أثبت من "ظ" و "ف" .

كاتب نصيبه بإذن شريكه فهو على وجهين: إما أن يأذن له بالكتابة في نصيبه، ولم يأذن له بقبض المكاتبة من العبد، أو أذن له بالكتابة في نصيبه وأذن له بقبض المكاتبة من العبد، فإن أذن له بالكتابة، ولم يأذن له بالقبض، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، الجواب فيه كالجواب فيما إذا لم يأذن له شريكه بكتابة نصيبه في جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا في الفصلين: أحدهما: أنه لا يكون للآذن أن يفسخ الكتابة في نصيب المكاتب، لأنه رضي بالكتابة في نصيبه، فلا يكون له حق الفسخ بعد ذلك، كالمرأة إذا وضعت نفسها في غير كفء، ورضي به الأولياء، لا يبقى للأولياء حق الفسخ، ومتى كاتب نصيبه بغير إذن شريكه كان له الفسخ، لأنه لم يرض بكتابة شريكه.

والثاني: أنه متى أدى المكاتب المكاتبة إلى المكاتب حتى عتق نصيب المكاتب، لا يكون للآذن حق تضمين المكاتب، لأن المكاتب صار معتقًا له بالكتابة برضا صاحبه، ولكنه يعتقه أو يستسعيه.

وأما على قولهما: فقد صار العبد مكاتبًا بينهما، لأن الإذن من الساكت بكتابة نصيب المكاتب إذن بكتابة الكل؛ لأنه لا يتجزأ، فكأنه قال: كاتب نصيبك ونصيبي، فيصير الكل مكاتبًا بينهما، لا يعتق بأداء حصة أحدهما ما لم يؤد [جميع][1] المكاتب إليهما، كما لو كاتباه مكاتبة واحدة، ويكون المقبوض بينهما؛ لأنه كسب مكاتبهما، وما بقي في يد العبد يكون [سالمًا][2] للعبد، ولا يكون لأحد على ذلك سبيل، لأنه كسب عبد كله مكاتب.

٦٥٥٣ - هذا إذا أذن له بالكتابة ولم يأذن له بقبض نصيبه، فأما إذا أذن له بالكتابة في نصيبه وبقبض نصيبه، فعلى قولهما: الجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن له بكتابة نصيبه لا غير، إلا في فصل واحد وهو أنه متى [أدى جميع المكاتبة][3] ههنا إلى المكاتب، فإنه يعتق، لأن المكاتب صار وكيلا بالقبض من جهة الآذن، فيكون الأداء إليه كالأداء إليهما، فيعتق بالأداء إلى المكاتب، ثم للآذن أن يأخذ منه نصف المكاتبة، لأنه كسب مكاتبهما. وفيما لم يأذن له بالقبض، وصار مكاتبًا بينهما إذا أدى إلى المكاتب جميع المكاتبة؛ فإنه لا يعتق، لأن الإذن بالكتابة لا يكون إذنًا بالقبض، كالتوكيل بالكتابة لا يكون توكيلا بالقبض، فلا يصير

---

(١) هكذا في م.

(٢) هكذا في ف، وكان في الأصل و م: مالا مكان سالمًا.

(٣) هكذا في النسخ الباقية التي توجد عندنا، وكان في الأصل: جميع الكتابة.

المكاتب وكيلاً من جهة الآخر بقبض نصفه ، فيكون أداء حصة الآخر إليه والأداء إلى الأجنبي سواء .

فأما فيما عدا هذا الحكم ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن له بكتابة نصيبه ولم يأذن له بالقبض(١) إلا في فصل ، وهو أن ما قبضه المكاتب من بدل الكتابة يكون سالماً له ، ولا يكون للآذن أن يأخذ منه شيئاً . وفيما إذا أذن له بكتابة نصيبه لا غير ، فإن للآذن أن يأخذ منه نصف ما قبض ، وذلك لأنه متى أذن له بقبض المكاتبة ، فكأنه أذن للمكاتب بأداء ما عليه من بدل الكتابة من ماله ، فيصير أداء المكاتب نصف المكاتبة من ماله بإذنه كأدائه ، ولو صرح(٢) بأداء نصف المكاتبة على المكاتب ، فإن ما أدى يكون سالماً للمكاتب ، فكذا هذا ، بخلاف ما لو لم يأذن له بالقبض ، لأنه لم يوجد منه الرضا بأداء المكاتبة من ماله . وما قبض من المكاتبة نصفه ملك المكاتب ، فيكون سالماً ، ونصفه ملك الساكت ، فكان له أن يأخذ نصيبه . فأما فيما عدا هذا الحكم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن بكتابة نصفه ، ولم يأذن له بالقبض .

٦٥٥٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" : وإذا كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه ، لم يكن لشريكه أن يبيع نصيبه على ما ذكرنا ، فإن كاتب الساكت نصيبه بعد ذلك جاز ، وهذا عندهم جميعاً . أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا إشكال ؛ لأن الكتابة متجزأة عنده ، فلم يصر نصيب الساكت مكاتباً أصلاً ، وإذا لم يصر نصيبه مكاتباً أصلاً ، صار الحال في حق الساكت بعد كتابة المكاتب كالحال قبل الكتابة ، وقبل كتابة المكاتب للآخر أن يكاتبه فكذلك هذا . وعلى قولهما : فلما ذكرنا أن نصيب الساكت لم يصر مكاتباً في حق الساكت ، بل اعتبر نصيبه مأذوناً ، وإن كان نصيب الساكت مأذوناً في حق الساكت لا مكاتباً ، كان له أن يكاتب نصيبه ، فيصير العبد مكاتباً بينهما ، كل نصف منه صار مكاتباً بكتابة على حدة من أحدهما متى أدى إلى أحدهما حصته فإنه يعتق ، ثم إذا كاتب الساكت نصيبه لا يكون للمكاتب الأول فسخ الكتابة في نصيبه ، وذلك لأن الساكت بكتابة نصيبه جعل متصرفاً في [خالص](٣) ملكه ، ولم يلحق بالمكاتب الأول ضرراً ، فإن ضرر المكاتبة من أحد الشريكين امتناع البيع على الآخر ، وكان هذا الضرر ثابتاً على الأول بكتابة نفسه ، وتصرف الإنسان في

---

(١) وفي م : ولم يأذن له بالقبض ، وأما على قول أبي حنيفة ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن له بكتابة نصيبه ، ولم يأذن له بالقبض إلا في فصل

(٢) وفي ب : ولو تبرع .

(٣) أثبت من ف .

منه إنما يصح إذا تضمن إلحاق الضرر بالغير ، فأما إذا لم يتضمن لا يكون لأحد حق الفسخ عليه ، فكانت كتابة الساكت ، ولم يلحق شريكه ضرراً بمنزلة البيع في هذه الحالة ، وإن أذن لشريكه بالكتابة في نصيبه وبقبض المكاتب ، فأدى العبد إلى المكاتب شيئاً ، ثم نهاه عن القبض كان له ذلك ، لأنه أذن له بأن يقضي ما عليه من بدل الكتابة من ماله ، فإن نصف كسبه له ، فإذا بدا له أن يمنعه من القضاء كان له ذلك ، كما قال لمودعه : اقض الدين الذي عليك من وديعتي ، فأدى من ذلك شيئاً ، ثم نهاه عن الباقي كان له ذلك ، لأن الإذن بالقضاء تبرع ، وإنما يتم هذا التبرع بالقضاء ، فقبل القضاء هو غير تام ، وللمتبرع أن يرجع عما تبرع به قبل التمام .

٦٥٥٥ - وإن كاتب أحدهما نصفه بغير إذن شريكه ، وشريكه لا يعلم ، ثم إن المكاتب منهما أذن للآخر في كتابته نصيبه ، فكاتبه ثم علم الثاني بكتابة الأول ، فأراد الثاني أن يفسخ كتابة الأول ، ليس له ذلك ، لأن حق الفسخ للثاني إنما يثبت دفعاً للضرر عن نفسه ، والضرر ههنا لا يندفع بالفسخ ، فلا يفيد الفسخ فائدته ، فلا يثبت له حق الفسخ . وإذا لم يثبت له حق الفسخ صار نصيب كل واحد منهما مكاتباً بكتابة على حدة ؛ لأن كل واحد منهما كاتب نصيبه بكتابة على حدة .

٦٥٥٦ - فإن أخذ أحدهما من العبد شيئاً ، لا يكون للآخر أن يشركه إلا فيما دفع إلى الأول قبل كتابة الثاني ؛ لأن ما دفع إلى الأول قبل كتابة الثاني كسب عبد ، نصفه مكاتب ونصفه مأذون . فأما ما دفع بعد كتابة الثاني وصار الكل مكاتباً ، فهذا كسب عبد هو مكاتب كله ، فلا يكون ذلك للآخر أن يشاركه بحكم أنه كسب عبده ، ولا بحكم الكتابة ؛ لأن نصيب كل واحد منهما صار مكاتباً بكتابة على حدة ، فيعتبر بما لو باع كل واحد منهما نصيبه ببيع على حدة وقبض الثمن ، وهناك لا يكون للآخر أن يشاركه ، فكذلك هذا .

٦٥٥٧ - وإذا أدى حصة أحدهما عتق نصيبه ؛ لأنه معاوضة وتعليق ، وأي ذلكما اعتبر إذا حصل كتابة كل واحد منهما بعقد على حدة ، فإنه يعتق نصيبه ، بخلاف ما لو كاتباه جملة مكاتبة واحدة ، حيث لا يعتق نصيب أحدهما إذا أدى إليه حصته إن اعتبرنا معنى المعاوضة ؛ لأن المكاتب بمنزلة المشتري ، والموليان بمنزلة البائعين ، والواحد إذا اشترى عبداً من اثنين بألف درهم صفقة واحدة ، وأدى حصة أحدهما ، لا يسلم له شيء من المعقود عليه ، وإن اعتبرنا معنى التعليق ، فلأن معنى قوله : كاتبتك بألف درهم ، إن أديت إلينا ألف درهم ، فأنت حر ، وهناك إذا أدى إلى أحدهما خمسمائة لا يعتق نصيبه ، كذا هذا .

٦٥٥٨ - قال : عبد بين شريكين كاتب أحدهما جميع العبد بغير إذن شريكه ، فاستسعى

العبد وأدى إليه نصف المكاتبة، فإنه لا يعتق؛ لأن الكتابة واحدة، ولأن شرط وقوع العتق أداء جميع المكاتبة، لا أداء بعضه. كما لو كاتبه جملة، فإن وهب المكاتب العبد نصف المكاتبة، لا يعتق حصته من العبد، ولو وهب له جميع حصته عتق نصيبه، وقد جعل هبة النصف من أحد من النصفين حتى قلنا: لا تقع البراءة عن جميع حصته، ولو جعل هبة حصته مصروفًا إلى نصيبه خاصة، حتى قال: يبرئ عن جميع حصته فيعتق

قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: يجب أن يكون الجواب فيهما سواء، كما في سائر الديون، فإنه في الدَّين بين الغريم عن جميع حصته، ويكون هبة النصف مصروفًا إلى حصته لا إلى النصيبين. فيجب أن يكون في الكتابة كذلك، ولو وهب حصته يعتق، فكذلك إذا وهب نصفه، ومنهم من صحح ما ذكر في الكتابة، وقال: بأن بدل الكتابة في مسألتنا هذه في حكم دين واحد من وجه، وفي حكم دينين من وجه؛ وهذا لأن المستوجب لهذا الدين واحد وهو المكاتب؛ ولم يشاركه في إيجابه أحد، فيكون الدين واحدًا باعتبار الإيجاب لا دينين، ولكن باعتبار الواجب في حكم دينين؛ لأن الواجب بهذا الإيجاب مشترك بينهما.

٦٤٥٩ - ولو كان في حكم دين واحد من كل وجه إيجابًا ووجوبًا، انصرف هبة النصف إلى نصف شائع، إذ لا يتصور هبة الحصة منه؛ لأنه لا حصة إذا كان الدين واحدًا. ولو كان في حكم دينين من كل وجه بأن وجب بإيجابهما، انصرف هبة النصف إلى نصيب الواهب خاصة كهبة الحصة كما في سائر الديون المشتركة، فوفرنا حظه من الدين الواحد والدينين، عملنا بالشبهين، فقلنا: لشبهه بالدين الواحد من وجه إيجاب انصرف هبة النصف إلى نصف شائع، ولشبهه بالدينين انصرف هبة الحصة إلى نصيبه خاصة عملًا بالدليلين.

وإنما أظهرنا شبهة الدين الواحد في هبة النصف، لا إذا أظهرنا شبهة الدينين في حق هبة النصف، وصرفه إلى نصيب الواهب خاصة، وجب إظهار هذه الشبهة في حق الحصة بالطريق الأولى؛ لأن الحصة لا تحتمل إلا نصيبه، وهبة النصف تحتمل النصف من النصفين، وحينئذ لا يمكننا العمل بالدليلين

فإن قيل: هذا يشكل بما لو باع أحد الشريكين جميع العبد ثم وهب نصف الثمن، فإنه ينصرف إلى نصيبه خاصة، والإيجاب إيجاب واحد.

والجواب عن هذا: أن الإيجاب واحد؛ لأن نصيب شريكه من الثمن لم يجب بهذا الإيجاب بدليل أنه لم يتعلق سلامة حصة المشتري بأداء الكل، وإذا لم يجب نصيب شريكه بهذا الإيجاب صار وجود هذا الإيجاب في نصيب شريكه وعدمه بمنزلة، فأما ههنا إيجاب

جميع المسمى صح في حق هذا المكاتب حتى تعلق عتق نصيبه بأداء جميع الألف، حتى لو أدى حصة المكاتب لم يسلم له نصيب المكاتب، وإذا ثبت جميع الألف بإيجابه في حق صحة تعلق العتق به، لزمنا أن نعتبر جانب الإيجاب والوجوب جميعًا، فيصح إسقاط الذي حصته ثابتة باعتبار الإيجاب، كما لو سقط الكل باعتبار الشركة، صح إسقاط نصيبه خاصة، لأنه هبة الحصة.

٦٥٦٠ - وإذا عتق نصيبه متى وهب حصته، كان للشريك الآخر بين خيارات ثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن كان المكاتب موسرًا، وبين خيارين إن كان معسرًا، ويرجع الساكت على المكاتب، فيأخذ منه نصف ما قضى، ثم لا يرجع المكاتب على العبد بشيء عنده، بخلاف ما لو كاتب نصيبه لا غير، وعلى قولهما في الحالين: لا يرجع على العبد بشيء.

والله تعالى أعلم.

الفصل الثاني عشر
في الرجل يكاتب شقص مملوكه

٦٥٦١ - قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل : إذا كاتب الرجل نصف عبده جاز ، فإن أدى عتق نصفه ويسعى في نصف قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وإن اكتسب أموالا قبل الأداء فنصفه له ؛ لأن نصفه مكاتب ، ونصفه للمولى ؛ لأن النصف الآخر ليس بمكاتب عنده بل هو مأذون .

وعلى قولهما : إذا أدى عتق كله ولا شيء للمولى من كسب اكتسبه قبل الأداء ؛ لأن كله مكاتب عندهما ؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ ، وما اكتسب بعد الأداء فكله له ؛ لأنه حر عندهما مستسعى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، والمستسعى بمنزلة المكاتب ، وكسب المكاتب له .

٦٥٦٢ - فرع على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الأصل ، فقال : إذا كاتب نصفه ثم أراد أن يحول بينه وبين العمل والطلب والكسب والسعاية في مكاتبته ليس له ذلك ؛ لأن العبد بكتابة النصف استحق عتق النصف بأداء بدل الكتابة ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب والطلب ، فمتى منعه عن الاكتساب والطلب ، فقد أراد أن يفوت عليه ما ثبت له من حق العتق بالكتابة ، فلا يكون له ذلك ، كما لو كاتب كله ، ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب والعمل ليس له ذلك ؛ كيلا يبطل على العبد حق العتق .

فأما لو أراد هذا العبد أن يسافر وأراد المولى أن يمنعه ، فله ذلك قياسًا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وفي الاستحسان : ليس له ذلك . وجه القياس : أن المكاتب يشتري رقبته من المولى ، وإذا كاتب نصفه فقد اشترى من المولى نصف رقبته ، فيعتبر بما[1] لو اشتراه غيره ، ولو اشترى نصف رقبة غيره ، ثم أراد المشتري أن يسافر بالعبد ، منعه البائع كان له ذلك ، فكذلك هذا .

والمعنى في المسألة وهو الفرق بين ما إذا منعه عن المسافرة ، وبين ما إذا منعه عن أصل الطلب والكسب ، فإنه ليس له ذلك قياسا واستحسانا ؛ لأن في ذلك إبطال حق العبد بيقين ، وليس في منعه من المسافرة إبطال حقه في العتق لا محالة ؛ لأنه يمكنه أداء بدل الكتابة ، ولا

(١) هكذا في ب ، و م ، وفي الأصل : فلا : بما

يمكنه الأداء إلا باكتساب بدل الكتابة في المصر .

ووجه الاستحسان وهو : أنه بالكتابة أثبت للعبد حق أن يعتق بأداء بدل الكتابة، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب، وربما لا يمكنه الاكتساب إلا بالمسافرة، ومتى أطلقت له نوع من المسافرة، وربما لا يمكنه أداء ما عليه من بدل الكتابة بدون المسافرة، كان في ذلك إبطال حق العبد، وكما لا يكون للمولى إبطال ما ثبت له من الحق بالكتابة بيقين، لا يكون له مباشرة ما يتوهم بسببه إبطال الحق عليه .

ثم إن محمدًا رحمه الله تعالى ذكر القياس والاستحسان في المسألة في ثلاثة مواضع : أحدها : في المسافرة، والثاني : في الاستخدام . إذا أراد المولى أن يستخدمه يومًا، ويخليه يومًا للكسب، القياس أن يكون له ذلك، وفي الاستحسان : لا يكون له ذلك . والثالث : إذا أراد أن يستسعيه يومًا لنفسه : القياس أن يكون له ذلك، وفي الاستحسان لا يكون له ذلك . وجه القياس في ذلك ما ذكرنا أن المكاتب في النصف بمنزلة المشتري لنصف رقبته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولو اشترى نصف رقبته مشتري آخر، ثبت للبائع حق التهايؤ مع المشتري، فكذلك ههنا؛ وهذا لأنه ليس في التهايؤ إبطال حق العبد؛ لأنهما متى تهايآ احتاج المكاتب إلى كسب المسمى، ومتى لم يتهايآ احتاج إلى كسب ضعف المسمى، ولا فرق في حق العبد بين أن يأخذ المولى نصف منفعته، وبين أن يأخذ نصف كسبه .

وفي الاستحسان : لا يكون له حق المهايأة؛ وذلك لأن القول بثبوت حق المهايأة للمولى قد يصير سببًا لفوات حق العبد في نصف المنفعة بغير عوض أصلاً، ومتى لم يثبت للمولى حق المهايأة في المنفعة، وجعلنا المكسوب بين العبد والمولى نصفين، لا يصير القول بهذا سببًا لإبطال حق المولى بغير عوض في نصف منفعة العبد؛ لأنه يأخذ نصف الكسب مكان نصف المنفعة، وبالمهايأة قد يبطل حق العبد .

بيان ذلك : أن الأسواق تكون رائجة في بعض فصول السنة، وكاسدة في بعض الفصول، على هذا عادة الأسواق في حق كل تجارة وصناعة . فمتى لم يثبت للمولى حق المهايأة أمكن للعبد كسب ضعف المسمى في جميع السنة، وقد لا يمكنه كسب مثل المسمى في نصف السنة، ومتى لم يمكنه كسب مثل المسمى في نصف السنة يرد في الرق؛ فيفوت حق العبد عن العتق أصلاً بالمهايأة . وفي القول بترك المهايأة لا يتوهم فوات حق المولى عن المنفعة بغير عوض أصلاً، فكان النظر من الجانبين في ترك المهايأة في [قسمة] (١) المكسوب .

---

(١) هكذا في ف، ر، ج، وكان في الأصل وظ : قيمة.

أداء المكاتبة لو كانت حية، فيأخذ ذلك من تركتها بعد موتها؛ لأنا حكمنا بموتها حرة. ولا يرث هذا الولد منها؛ لأن إسناد الحرية في الولد إلى حال حياتها كان في النصف الذي هو تبع لها، وفي النصف الباقي الولد مقصود، فإن عليه أن يسعى في نصف قيمته، ولا يعتق إلا بعد أداء سعايته، فكان بمنزلة المملوك عند موت أمه.

٦٥٦٧- فإن لم تدع الأم شيئاً يسعى الولد في الدين كله؛ لأن في حكم الدين الولد قائم مقام الأم كولد المأذونة وولد المكاتبة، ويسعى في المكاتبة أيضاً لهذا المعنى، ثم يسعى في نصف قيمة نفسه؛ لأنه معتق البعض بعد أداء الكتابة، ولا يسعى في نصف قيمة الأم؛ لأنه ليس بتبع لها في ذلك النصف، فإن أدى الكتابة قبل أن يؤدي دين الغرماء عتق نصفه، ونصف أمه كما لو أدى[1] في حياتها، ولم يرجع الغرماء على المولى بما أخذ، ولكنهم يتبعون الولد بالدين؛ لأنه قائم مقام الأم، فأخذ المولى بدل الكتابة [منه بمنزلة أخذه منها][2] ولو أخذ المولى بدل الكتابة من الأم كان المأخوذ سالماً للمولى، والغرماء يتبعون المكاتبة بديونهم، فكذا في الولد.

٦٥٦٨- وإن اكتسب الولد أموالاً قبل أداء المكاتبة، فنصف الكسب للمولى بعد الدين؛ لأن الولد بمنزلتها، وقد بينا أن نصف كسبها للمولى بعد الدين، فكذا في الولد.

٦٥٦٩- وإذا كاتب نصف أمته فاستدانت، سعت في جميعه؛ لأن نصفها مكاتب ونصفها مأذون له، والحكم في دين المكاتب والمأذون ما ذكرنا - والله أعلم -.

---

(١) وفي "ب" كما لو ولدت في حياتها

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم و ف.

فهرس الموضوعات
للمجلد الخامس من المحيط البرهاني

❊❊❊❊❊❊❊